Die Stellung des Geschäftsherrn nach § 831 B.G.B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Carl Haschke,
stud. iur. in Leipzig.

Torgau
Torgauer Druck- und Verlagshaus G. m. b. H.
1914.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis . . . . . V—VIII

Einleitung

§ 1. Das Verhältnis des § 831 zu § 278 B.G.B. 1

I. Kapitel.

Die Grundlagen des § 831.

§ 2. Das Verschuldungsprinzip 8
§ 3. Die Bestellung zu einer Verrichtung 17
§ 4. „In Ausführung der Verrichtung“. 26
§ 5. „Widerrechtlich“ 30

II. Kapitel.

Der Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn.

§ 6. Auf Grund sorgfältiger Auswahl 32
§ 7. Auf Grund
a) sorgfältiger Beschaffung von Vorrichtungen und Gerätschaften 46
b) sorgfältiger Leitung der Verrichtung 47
§ 8. Auf Grund mangelnden Kausalzusammenhanges,
a) Kausalzusammenhang 50
b) Entlastungsbeweis aus dem Fehlen des Kausalzusammenhanges 58
§ 9. Verhältnis des § 831 zu anderen Vorschriften . . . 62

Anhang: Gesetzestexte. 68

Verzeichnis

der

benutzten Autoren, Sammlungen, Quellen und Abkürzungen.

A. L. R.: Allgemeines Preussisches Landrecht s. unter Gesetzestexten.

Badische Rechtspraxis und Annalen der Grossherzogl. badischen Gerichte. 9. Jahrgang. Karlsruhe 1907.

v. Bar: I. Die Lehre vom Kausalzusammenhang, Leipzig 1871.

v. Bar: Die Schuld nach dem Strafgesetze. Berlin 1907.

Bierling, Ernst Rudolf: Juristische Prinzipienlehre III. Bd. Tübingen 1905.

Binding, Karl: Die Normen und ihre Uebertretung. II. Auflage. Leipzig 1890.

Birkmeyer: Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. Gerichtssaal Bd. 37 S. 257 ff. 1885.

Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890.

Blau, Bruno: Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1902.

Bl. f. R. A.: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.

Bodenheim: Verletzung durch Verschulden des Bühnenkünstlers. D.J.Z. 1905 S. 1003.

Brückner: Die (privatrechtliche) Haftung für das rechtswidrige Verhalten anderer, insbesondere der Vertreter und Gehilfen, nach dem B.G.B. und nach sonst. Reichsgesetzen. Recht 1901, S. 299, 338, 373.

v. Buri: Kausalität und deren Verwertung. Leipzig 1873.

Cosack, Konrad: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band 6. Auflage. Jena 1913.

Crome, C.: System des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Band. Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen und Leipzig 1902.

Delius: Die Haftung für Verkehrssicherheit in D.J.Z. 1914, S. 206.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1896.

Dernburg, Heinrich: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens. II. Band. Die Schuldverhältnisse. II. Abt. Einzelne Obligationen. Halle 1906.

Diefenbachs Zeitschrift für Deutsches Bürgerliches Recht und Französisches Zivilrecht.

D. J. Z.: Deutsche Juristen-Zeitung (benutzt bis Jahrg. 1914 S. 476).

Eger: Handbuch des Preussischen Eisenbahnrechts. Breslau 1896.

Eger: Kommentar zur Eisenbahnverkehrsordnung. Berlin 1910.

Endemann, F.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd. II. Abt. Recht der Schuldverhältnisse, 6.—8. Aufl. Marburg 1912.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Amtl. Ausgabe. Berlin 1888.

Feder, Ernst: Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem B.G.B. Berlin 1902.

Fischer, Karl: Die nicht auf dem Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem B.G.B. München 1904.

Fromherz, P. I.: Haftpflichtrecht, München und Berlin 1913.

Fromherz, P. II.: Ein Beitrag zur Lehre von der Verursachung vom Standpunkte der deutschen Rechtsprechung. Arch. Ziv. Pr. 1913. 110. Bd. S. 23 ff.

Fromherz, P.: Haftung des Theaterunternehmers für Verschulden des Bühnenkünstlers. D.J.Z. 1906 S. 539.

Geigel: Die Entlastung des Geschäftsherrn bei der Auswahl der Angestellten (§ 831 B.G.B.) in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. VIII. Jahrgang 1912 S. 321 ff.

Giercke, Otto: Der Entwurf eines B.G.B. Leipzig 1889.

Gruch: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Grundlach: Über Schadenshaftung in D.J.Z. 1914, S. 476.

Grünebaum: Mitwirkendes Verschulden der Hilfspersonen des Geschädigten. Recht 1908. S. 97.

Grünebaum: „Verschulden" in Poseners Rechtslexikon. Berlin 1909.

Heuer: Ein Beitrag zur Lehre vom konkurrierenden Verschulden. Recht 1902. S. 147.

v. Hippel, Robert: Die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. Leipzig 1903.

Isaac, Martin: Komm. zum Automobilgesetz, zur Bundesratsverordg. vom 3. Febr. 1910 sowie zum Automobilsteuergesetz. Berlin 1912.

Jovy, Michael: Der Begriff der Bestellung im § 831 B.G.B. in Arch. f. bürg. Recht. Bd. 37 S. 78 ff.

J. W.: Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein, Berlin (benutzt bis Jahrg. 1914 S. 353).

Kahn, Julius: „Kulpa-Kompensation und Gehilfenhaftung (Eine Studie zu den §§ 254, 278, 831 B.G.B.)", Arch. f. bürgerliches Recht, Bd. 34 S. 350 ff.

Kahn-Weiss: Kommentar des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. München und Berlin 1910.

Kohler, J.: „Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkungen" in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess. Bd. 29 S. 1 ff.

Kohler, J.: Studien aus dem Strafrecht Bd. I. Mannheim 1890.

Kohler, J.: „Ueber den Kausalbegriff" in Goltdammers Arch. Bd. 151 S. 327.

v. Kries: Ueber den Begriff der objektiven Unmöglichkeit. 1888 in Verteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie. Bd. 12 S. 179 ff.

Kuhlenbeck, Ludwig: Der Schuldbegriff als Einheit von Wille und Vorstellung in ursächlicher Beziehung zum Verantwortlichkeitserfolg. Leipzig 1892.

Leonhard, F.: Verschulden beim Vertragsschlusse. Berlin 1910.
Litten, F.: Die Ersatzpflicht des Tierhalters. Berlin 1905.
Litthauer-Mosse: Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen. 14. Aufl. Berlin 1911.
v. Liszt: Die Grenzgebiete zwischen Privat- und Strafrecht. Berlin und Leipzig 1889.
v. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Berlin 1911.
L. Z.: Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. Herausgegeben von Jaeger, Düringer, Könige.
Merkel, R.: Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen. Strassburg 1895.
Mill, John Stuart: System der deduktiven und induktiven Logik. 3. Bd. deutsch von Gomperz. Leipzig, 2. Aufl. 1885.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin 1896.
Mugdan, B.: Die gesamten Materialien zum B.G.B. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Müller-Erzbach, Rudolf: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung.
Arch. f. ziv. Pr. 106 Bd. S. 309 ff.
Arch. f. ziv. Pr. 109 Bd. S. 1 ff.
Müller, Max Ludwig: Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges in Straf- und Schadensersatzrecht. Tübingen 1912.
Neumann, Hugo: Handausgabe des B.G.B. I. Bd. 6. Aufl. Berlin 1912.
Nöldecke: Die ausserkontraktliche Haftung für fremdes Verschulden nach den §§ 831, 832 B.G.B. Gruch. 1897 S. 766 ff.
Nussbaum, Arthur: Haftung für Hilfspersonen nach dem § 278 B.G.B. in Vergleichung mit dem gemeinen und dem Landrecht. Berlin 1898.
Oertmann, P.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Aufl. Berlin 1910.
O. L. G.: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Ortmann, Rudolf: Zur Lehre vom Kausalzusammenhange. Goltdammers Arch. f. Strafrecht. Bd. 23 S. 268, Bd. 24 S. 92. Im Gerichtssaal Bd. 26 S. 439, Bd. 27 S. 209, Bd. 28 S. 81.
Pickardt, Ludwig: Der Schaustellungsvertrag. Berlin 1912.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert von G. Planck. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. Berlin 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Radbruch, Gustav: „Die Lehre von der adäquaten Verursachung" in v. Liszt, Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin. Neue Folge, erster Band III. Heft, Berlin 1902, S. 325 ff.
Recht: Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
R.-G.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

R. G. Kom.: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Georg Hoffmann, Erler, Burlage, Busch, Dr. Ebbecke, Kiehl, Schaffeld und Schmitt. I. Band. 2. Aufl. Berlin 1913.

Rhein. Arch. f. Ziv.- und Kriminalrecht.

Rümelin, M.: Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen B.G.B. zur objektiven Schadensersatzpflicht. Freiburg und Leipzig 1896.

Rümelin, M.: Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, im Arch. Ziv. Pr. 1900 Bd. 90 S. 171—344.

Rumpf, M.: Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung im Zivilrecht, in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 49 S. 333 ff.

Rundnagel: Die Haftung der Eisenbahn für Verlust, Beschädigung und Lieferfristüberschreitung nach deutschem Eisenbahnfrachtrecht. Leipzig 1906.

Rundschau: Sammlung gerichtlicher Entscheidungen des Bezirkes des O.L.G. Frankfurt.

Sächs. Arch.: Sächsisches Archiv für Deutsches Bürgerliches Recht.

Schmidt, Richard: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe. Jena 1900.

Seuff. A.: Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Staub's Kommentar zum H.G.B. 9. Aufl. Berlin 1912.

Staud.: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II. Band. Recht der Schuldverhältnisse. München und Berlin 1912. Teil I §§ 241—580. Erläutert von Kuhlenbeck und Kober. Teil II. §§ 581—853. Erläutert von Kober und Engelmann.

Thyren: Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie; I. Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien. Lund 1894.

Thon: Festrede über Verursachung. Jena 1904.

Traeger, Ludwig: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.

Unger, Josef: Handeln auf eigene Gefahr. Ein Beitrag zur Lehre vom Schadensersatz. Jena 1893.

Warn.: Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

Weyl, Richard: System der Verschuldenbegriffe im B.G.B. München 1905.

Wiechowski, Konrad: Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges in strafrechtlichen Abhandlungen. Herausgegeben von Dr. Ernst Beling. Heft 55. Breslau 1904.

Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechtes II. Band, 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Winter: Haftet der Geschädigte für schuldhaftes, zur Entstehung des Schadens mitwirkendes Verhalten seines Angestellten? Blätter für Rechtsanwendung Bd. 73 S. 352.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Zitelmann, Ernst: Ausschluss der Widerrechtlichkeit. Arch. Ziv. Pr. 1906 Bd. 99 S. 1 ff.

Einleitung.

§ 1.

Das Verhältnis des § 831 zu § 278 B.G.B.

In § 823 B.G.B. wird für die Verpflichtung zum Schadenersatz Verschulden gefordert (Wortlaut: „vorsätzlich oder fahrlässig"). Ist dagegen ein entstandener Schaden nicht auf die Schuld eines Rechtssubjektes zurückführbar — etwa infolge höherer Gewalt —, so muss der Geschädigte den Schaden selbst tragen. Dies Verschuldungsprinzip ist in der Reinheit, in der es aus dem römischen Recht[1]) in den I. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgenommen worden ist, mit der Begründung angegriffen worden[2]), es werde den Ansprüchen, die eine so entwickelte Zeit wie die unsrige mit ihren grossen wirtschaftlichen Problemen über Arbeitsteilung und Grossbetrieb an das Recht, insbesondere an die Frage nach der Haftung für Schaden stelle, nicht mehr gerecht.

Es wurde eine ganze Reihe von Theorien aufgestellt über die Schadensverteilung, so das „Prinzip des aktiven Interesses" von R. Merkel[3]) und das besonders von Binding[4]) vertretene „Veranlassungsprinzip" oder „Prinzip der Kausalitätshaftung". Der Gesetzgeber des B.G.B. ist diesen Theorien, die sich zu einem Abänderungsvorschlag der II. Kommission verdichteten[5]) n i c h t g e f o l g t, er hat vielmehr an dem durch jahrhunderte-

[1]) l. 20, § 3 Dig. 3,5; l. 10, § 1; l. 11, l. 20 Dig. 13,6; l. 8 § 3 Dig. 17,1.
[2]) Namentlich von Gierke, S. 261 ff; vgl. auch Prot. 2781, Mugdan S. 1093.
[3]) R. Merkel S. 165.
[4]) Binding, Karl. Die Normen und ihre Uebertretung. S. 368 ff.
[5]) s. Anm. 39 dieser Arbeit.

lange Juristenarbeit klar herausgearbeiteten Verschuldungsprinzip festgehalten und hat sich darauf beschränkt, es insoweit durch eine Reihe von Einzelnormen zu korrigieren, als es den Forderungen, die die Neuzeit mit ihren grossen wirtschaftlichen Umwälzungen erhebt, nicht mehr genügt. Die Zentralisation der Arbeitskräfte in den heutigen Grossbetrieben setzt den Unternehmer ausser Stand, die Arbeiten selbst vorzunehmen; sie zwingt ihn, sich dazu anderer Personen zu bedienen. So kommt man zu einer Haftung für dritte Personen, oder genauer zur Haftung für das Verschulden dritter Personen. Diese stellt eine Durchbrechung des Verschuldungsprinzips dar, soweit tatsächlich die Ersatzpflicht unabhängig von jedem Verschulden des Ersatzpflichtigen eintritt, wie in § 1 des Haftpflicht-Gesetzes, § 7 des Gesetzes betr. den Verkehr mit Kraftfahrzeugen[6]), § 456 H.G.B.[7]) und in einzelnen Tatbeständen der „unerlaubten Handlungen" des B.G.B. (§§ 829, 833[1], 835)[8]) u. a. m. Ein Fall, dass ohne eigenes Verschulden für dasjenige dritter Personen gehaftet wird, liegt auch in § 278 B.G.B. vor.[9])

§ 278 bestimmt, dass der „Schuldner ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfange wie eigenes Verschulden zu vertreten hat".[10]) Gemeinsam haben § 278 und § 831, dass ein Ge-

---

[6]) s. S. 65, 66 dieser Arbeit.

[7]) s. S. 64 dieser Arbeit, vgl. auch § 6, 11 No. 2 Post G.

[8]) Vgl. R.G.Komm. Vorbem. 2 zu § 249. — Ueber die Rechtfertigung des Durchbruchs des Schuldprinzips in obigen und anderen Fällen vom Standpunkte der Gefährdungshaftung s. Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung und Rümelin, M. Gründe der Schadenzurechnung S. 79.

[9]) R.G.Komm. 278, 1, Staud. 278, I, 1 („Garantieprinzip"); Nussbaum, Haftung für Hilfspersonen nach § 278 B.G.B.

[10]) § 278 umfasst nicht die Entstehung einer Verbindlichkeit, dafür sind ausschliesslich die Grundsätze über Stellvertretung (§ 164 ff.) massgebend, so Staud. Vorbem. Vc zu 275—282, Feder S. 27, D.J.Z. 1905 S. 862 und R.G. 61, 213; and. Ans. Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse, der auf S. 48 ff. fordert, die Haftung des § 278 auch auf den Gehilfen bei Eingehung des Vertrages auszudehnen.

hilfe im Interesse des Dienstherrn tätig wird und dass bei seiner Tätigkeit ein Schaden entsteht. Der erste Unterschied liegt in der Bestimmung des Ersatzberechtigten: nach § 278 hat nur der Gläubiger, der durch die vertragswidrige Erfüllung der Verbindlichkeit geschädigt ist, nach § 831 jeder beliebige Dritte, der durch eine Handlung des Angestellten, die nicht auf Erfüllung einer Verbindlichkeit gerichtet ist, geschädigt ist, den Anspruch auf Schadensersatz. Damit kommen wir zu dem Hauptunterschied der beiden Vorschriften. § 278 bezieht sich auf das kontraktliche, § 831 auf das ausserkontraktliche Verschulden, wie man allgemein, freilich nicht für alle Fälle richtig[11]), zu sagen pflegt.[12]) Die Anwendung des § 278 setzt das Bestehen eines Schuldverhältnisses vor der Schädigung voraus, während in § 831 die widerrechtliche Handlung erst selbst eine Verbindlichkeit — die Verpflichtung zum Schadenersatz — erzeugt.[13])

Einige Beispiele mögen den Unterschied klarstellen: A. gibt dem Malermeister B. den Auftrag, die Fenster seines Zimmers zu streichen. Der Malermeister überträgt die Ausführung des Auftrags seinem Gehilfen C. C. lässt den Farbtopf aus dem Fenster fallen; der gerade vorübergehende A. und sein Freund D. werden mit Farbe überschüttet. Es fragt sich, nach welchen Bestimmungen der Meister dem A. und D. für den entstandenen Schaden haftet. Ein Vertrag besteht nur zwischen dem A. und dem Meister B., der sich zur Erfüllung des Auftrags des Gehilfen C. bedient hatte, dessen Verschulden bei der Erfüllung des Auftrags der Meister wie eigenes Verschulden vertreten muss. Er haftet dem A. aus § 278, während er von D., mit dem er in keinem Vertragsverhältnisse stand, nur aus § 831 in Anspruch genommen werden kann.

In der Absicht, einen Linoleumteppich zu kaufen, sucht eine Frau aus den von dem Handlungsgehilfen des Waren-

[11]) s. S. 6 dieser Arbeit.

[12]) Dies ist eine Scheidung, die wie die Systematik unseres Rechts überhaupt, aus dem römischen Rechte herrührt. Liszt bekämpft sie entschieden in „Grenzgebiete zwischen Privat- und Strafrecht". S. 28.

[13]) J.W. 1912, S. 850.

hauses als dessen Vertreter[14]) vorgelegten Mustern dasjenige heraus, in dem sie den Teppich zu haben wünscht. Der Angestellte setzt, als er die von der Frau bezeichnete Rolle hervorholen will, zwei andere Rollen etwas beiseite. Da er sie schuldhafterweise freistehend, d. h. ohne ihnen einen seitlichen Halt zu geben, hingestellt hat, fallen sie um und verletzen die Frau. Der Kauf kommt nicht zustande. Das Reichsgericht[15]) lässt das Warenhaus aus § 278 haften, indem es ein vertragsähnliches Verhältnis konstruiert. Dies begründet es folgendermassen: „Antrag und Vorlegung des Teppichs und Annahme des Antrags bezweckten die Hervorbringung eines Kaufs, also eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs. Dies war kein bloss tatsächlicher Vorgang, wie ihn etwa eine reine Gefälligkeitshandlung darstellen würde, sondern es entstand ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat, als dem Verkäufer wie dem Kauflustigen die Pflicht erwuchs, bei der Vorlegung und der Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des anderen Teils zu beachten."

Die Anwendung des § 278 selbst ist nicht zu beanstanden; die Begründung des Reichsgerichts dagegen erscheint nicht stichhaltig. Das Warenhaus, das durch seinen Vertreter der Käuferin Teppichmuster vorlegt, fordert sie damit auf, ihm einen Kaufvertrag zu machen. Bevor die Käuferin diesen Kaufantrag aber stellt, will sie das von ihr bezeichnete Muster auch in seiner Wirkung als Teppich kennen lernen. Sie erteilt dem Vertreter des Warenhauses den Auftrag, ihr die Rolle vorzulegen. Er nimmt den Auftrag an; zur Annahme des Antrags war er nach § 56 H.G.B. ermächtigt. Der Auftrag, dessen Inhalt sich auf eine „Geschäftsbesorgung" bezieht[16]), ist also mit verpflichtender Wirkung für das Kaufhaus zustande gekommen. Zur Erfüllung des Auftrags bedient sich das Warenhaus des

[14]) § 164 B.G.B., § 54 H.G.B.
[15]) R.G. 78 S. 239. J.W. 1912 S. 191.
[16]) Staud. Bem. 2 b zu § 675.

Gehilfen und hat demzufolge für das Verschulden desselben aus § 278 einzustehen. Es ist ausserdem nicht einzusehen, warum — vom Standpunkt des Reichsgerichts aus — in unserem Fall ein vertragsähnliches Verhältnis vorliegen soll, während nach der Meinung gerade des Reichsgerichts § 278 nicht extensiv interpretiert werden darf; so hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 21. Dezember 1905[17]) die Verletzung der Anzeigepflicht des Versicherten als nicht unter § 278 fallend behandelt, wiewohl hier nicht nur ein vertragsähnliches Verhältnis gegeben ist, sondern ein wirklicher Vertrag vorhanden ist. Eine allgemeine vertragliche Haftung eines Warenhauses oder eines anderen gewerbsmässigen Verkäufers für verkehrssichere Verkaufsräume oder Zugänge gegenüber dem Käufer oder gar dem zufälligen Besucher kann nicht in Frage stehen, da der Käufer oder gar der Passant nicht ohne weiteres mit dem Betreten der Verkaufsräume ein Vertragsverhältnis mit dem Verkäufer begründet.[18])

Der Umstand, dass nur in § 278 das Bestehen eines Schuldverhältnisses, das übrigens öffentlich- wie privatrechtlicher Natur sein kann[19]), gefordert wird, drängt die Frage auf, in welchem Verhältnis die Vorschriften des § 278 und § 831 zueinander stehen. Engelmann[20]) bezeichnet sie als koordiniert[21]), weil § 831 die besondere Rechtsregel für Fälle enthalte, die durch § 278 nicht gedeckt seien. Diese Ansicht Engelmanns ist aber

[17]) R.G. 62 S. 190,

[18]) R.G.J.W. 1913, S. 23; R.G. 74 S. 124; L.Z. 1910 S. 772. — vgl. Delius in D J Z, 1914 S. 206 (doch ist der Umstand, dass für die Einräumung des Verkehrs Entgelt gewährt wird oder nicht, nicht so gleichgültig wie D. meint. Denn bei einer Schaustellung gegen Eintrittsgeld wird mit Recht ein Vertragsverhältnis angenommen. vgl. Anm. 27 d. Arb.).

[19]) R.G. 65 S. 113; (Haftung des Postfiskus für Fälschung von Zahlungsanweisungen) vgl. aber J.W. 1913, S. 595 (die Tätigkeit eines Kanal-Lotsen entspringt keinem öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnis zwischen dem Reich und dem Eigentümer des von dem Lotsen geführten Schiffes und kann zu keiner Haftung aus § 278 führen, der Lotse ist lediglich zu einer Verrichtung im Sinne des § 831 bestellt. J.W. 1912, S. 638.)

[20]) In Staudinger Note 6 b zu § 831 und ebenso Fischer S. 90.

[21]) S. Oertmann No. 5 zu § 831.

irrig, weil im Falle der Koordination der beiden Bestimmungen es ausgeschlossen sein müsste, dass überhaupt einmal auf einen bestimmten Fall beide Vorschriften Anwendung finden. Aus demselben Grunde ist die Wendung ungenau, der § 278 beziehe sich auf das vertragliche, der § 831 auf das ausservertragliche Verschulden. Nicht darauf kommt es an, ob die begangene Handlung Delikt ist oder nicht, auch nicht darauf, ob der Verletzte der Vertragsgegner ist, sondern lediglich darauf, o b d i e H a n d l u n g i n i n n e r e n Z u s a m m e n h a n g m i t d e r E r f ü l l u n g d e r V e r b i n d l i c h k e i t z u b r i n g e n i s t.[22]) Ist dies möglich, greift § 278 Platz, steht jedoch die unerlaubte Handlung selbständig da, kann nur § 831 angewendet werden. Das logische Verhältnis der beiden Bestimmungen ist vielmehr Interferenz[23]), d. h. die beiden Vorschriften verhalten sich zueinander wie zwei sich schneidende Kreise. Das von beiden Kreisen gedeckte Stück stellt dann die Fälle dar, auf die beide Bestimmungen Anwendung finden.

Die Grenzfälle, in denen die Handlung zugleich eine Vertragsverletzung und ein Delikt darstellt[24]), können nach der einen wie der anderen Vorschrift behandelt werden, z. B. folgender Fall:[25]) Kläger hat sich in der Sägewerkstatt des Be-

[22]) Diese auf die Entstehungsgeschichte (Prot. 8413 Mugdan S. 523) gegründete Ansicht ist die herrschende. Endemann § 116, Anm. 23, Staud. § 278, IV; R.G.Komm. zu § 278 Nr. 3 mit Entsch.; Oertmann § 278, 2 d und dort zit. Autoren gegenüber Feder S. 58, 63, 96; Fischer S. 32 und anderen die für „unbeschränkte Haftung" aus § 278 sind.

[23]) Feder S. 90, Oertmann Nr. 5 zu § 831. Fromherz I S. 207.

[24]) Die Möglichkeit der Anspruchskonkurrenz, d. h. die Frage, ob die Verletzung eines Vertragsverhältnisses zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung gegen den anderen vertraglichen Teil erfüllen kann, wird in der Rechtsprechung des Reichsgerichts grundsätzlich bejaht. (J.W. 12, S. 339; J.W. 13, S. 376; J.W. 1914, S. 34; vgl. R.G.Komm. Nr. 4 der Vorb. zu § 823, Oertmann Nr. 5 zu § 823). — Der von Fischer S. 91 gebildete Fall: die gekaufte, aber noch nicht übergebene Sache ist durch den vom Verkäufer mit dem Transport zum Käufer Beauftragten beschädigt worden, ist gar kein eigentlicher Grenzfall, denn dieser Tatbestand kann entweder nur unter § 278 oder nur unter § 831 fallen, je nachdem man Transportbeförderungs- also Werkvertrag annimmt oder nicht.

[25]) Tatbestand aus Warn. 1910 Nr. 434.

klagten durch den Angestellten S. des Beklagten ein Brett zuschneiden lassen, dabei ist er mit dem einen Arm in die Kreissäge geraten, die ihm die Hand abtrennt. Im Zusammenhang mit der Erfüllung des vorliegenden Werkvertrags steht die schuldhafte Unterlassung des S., sich der Schutzvorrichtung des Spaltkeiles zu bedienen und den Kläger genügend auf die Gefährlichkeit des Betriebes aufmerksam zu machen. Sieht man die Warnung nicht als zu der Erfüllungshandlung, das Brett zu schneiden, gehörig an, so wäre Haftung ausschliesslich nach § 831 möglich; dabei wäre es unerheblich, dass der Geschädigte zufällig der Vertragsgegner ist. Zur Erfüllung des Vertrags gehört aber alles, was aus dem Vertrage vom Vertragsschuldner überhaupt verlangt werden kann[26]) [27]), also auch die Warnung, deshalb muss der Fall nach § 278 beurteilt werden. Um den Schuldner aus § 278 in Anspruch zu nehmen, genügt der Nachweis einer Vertragsverletzung und eines Verschuldens des Erfüllungsgehilfen.[28]) Kann er den Beweis des Verschuldens der Hilfsperson nicht führen, so bleibt ihm der Rückgriff auf § 831 wegen der widerrechtlichen Schadenszufügung.[29])

---

[26]) Vgl. R.G. Warn. 08, Nr. 292 und J.W. 1914, S. 34.

[27]) Ebenso hat das Reichsgericht (R.G. 59, S. 22 = J.W. 04 S. 549 = D.J.Z. 09, S. 137) einen Theaterunternehmer aus § 278, nicht aus § 831 für den Schaden haften lassen, den ein Artist bei Ausführung einer Programmnummer einem Besucher zufügt, in der Erwägung, der Unternehmer bediene sich des Artisten, um seine Verpflichtung, die Veranstaltung der angekündigten Vorstellung, zu erfüllen. Bodenheim in D.J.Z. 05, S. 1003 wendet sich gegen diese Entscheidung mit dem etwas gesuchten Argument, die künstlerische Darbietung sei von der Person des Ausführenden untrennbar, deshalb nicht Mittel zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Unternehmers, sondern der Zweck; deshalb sei auch § 831 anzuwenden. Fromherz in D.J.Z 06, 539 widerlegt diese Schlussfolgerung wieder im Sinne des Reichsgerichts. Vgl. auch Ludwig Pickardt, Der Schaustellungsvertrag, insbesondere S. 20 f.

[28]) In § 278 kommt es auf ein Verschulden der Hilfsperson, nicht auf das des Dienstherrn an. Deshalb ist letzterem auch nicht die Möglichkeit der Entlastung auf Grund geübter Sorgfalt gegeben (s. S. 32 ff. dieser Arbeit), dagegen ist in § 831 das Verschulden des Angestellten irrelevant (s. S. 31 dieser Arbeit), massgebend ist allein das Verschulden des Geschäftsherrn (s. S. 12 dieser Arbeit).

[29]) Vgl. J.W. 06, S. 377.

I. Kapitel.

Die Grundlagen des § 831.

§ 2.

Das Verschuldungsprinzip.

Der Grundsatz des römischen Rechtes [30]), dass nur der, der selbst schuldhaft gehandelt hat, für eine einen anderen schädigende Handlung haftet, ist in das gemeine Recht aufgenommen worden.[31]) Deshalb liess es eine Haftung für Handlunlungen Dritter nur dann eintreten, wenn eine culpa in eligendo oder eine culpa in custodiendo vorlag. Der Dienstherr hat für die schädigende Handlung des Dritten nur einzustehen, wenn er ihn in seine Dienste genommen hatte, obwohl er untauglich war, und wenn er eine Aufsicht unterliess, die den Umständen nach geboten war.[32])

Wie dem gemeinen Recht ist auch dem Allgemeinen Landrecht die unbedingte Haftung des Dienstherrn für Handlungen Dritter fremd. Es bestimmt im I. Teil 6. Titel § 50. dass „derjenige, der einem Anderen einen Auftrag macht, für den von selbigem bei Ausrichtung dieses Auftrages verursachten Schaden nicht haftet"[33]). Für eigenes Verschulden hat der Auftraggeber oder die Herrschaft im Falle der culpa in eligendo einzustehen. Es haftet der Machtgeber für ein grobes

[30]) s. Anm. 1.

[31]) 1. 5 § 1 Dig. 9, 2; s. auch Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts § 401 Anm. 5.

[32]) Urt. d. Ob. app. G. München Seuff. Arch. Bd. XIV, Nr. 35.

[33]) Anders, wenn der Auftrag „von den Gesetzen gemissbilligt ist".

und mässiges Versehen bei der Auswahl eines untüchtigen Bevollmächtigten.[34]) Was unter Untüchtigkeit zu verstehen ist, sagt das A.L.R. in § 62 desselben Abschnitts beispielsweise, nämlich überwiegender Hang zu groben Lastern, hoher Grad von Blödsinn oder Schwermut, oder ansteckende Krankheiten. Dies gilt sowohl bei der Bestellung durch Dienstherrschaften wie durch Meister und Handwerker (§ 65). Dass hier das reine Schuldprinzip vorliegt, zeigt ausserdem das Erfordernis der „wissentlich falschen" Anstellung[35]). Eine culpa in custodiendo normiert das A.L.R. in I, 6, 59 mit der Haftung desjenigen, der wissentlich etwas geschehen lässt, was er zu verhindern schuldig und vermögend gewesen ist [36]).

Der ersten Entwurf zu einem B.G.B. lehnt sich in den §§ 711, 712, aus denen § 831 B.G.B. hervorgegangen ist, an das bestehende Recht an, indem es das Verschuldungsprinzip aufnimmt: es lässt denjenigen, der einen andern zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, nur dann für den Schaden, welchen die bestellte Person durch eine in Ausführung ihrer Verrichtung begangene unerlaubte Handlung einem Dritten zufügt, haften, wenn er eine ungeeignete Person ausgewählt oder bei der Beaufsichtigung die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters ausser acht gelassen hat [37]). Diese Fassung wurde stark kritisiert [38]), verschiedene Anträge wurden für die Beratung des I. Entwurfs in der zweiten Kommission eingebracht, die den Standpunkt des Entwurfs teilweise oder vollständig verliessen. Meist griffen sie das Festhalten des Entwurfs am Verschuldungsprinzip als unzureichend an und verlangten eine

---

[34]) A.L.R. I. 6, § 53, doch nur subsidiär, d. h. „soweit als der Beschädiger selbst zum Ersatz unvermögend ist". Vgl. auch A.L.R. II, 13 § 36.

[35]) Wissentlich d. h. trotz Kenntnis derartiger Gebrechen, § 62 und II, 13 § 36.

[36]) Dasselbe fordert das Sächs. Gesetbzuch in § 779.

[37]) Die Motive II, 736 ff. (Mugdan S. 411) betonen ausdrücklich das Verschuldungsprinzip.

[38]) s. Anm. 2.

umfangreichere Haftung des Bestellenden [39]). Jedoch die Mehrheit der Beratungskommission liess sich nicht von der Notwendigkeit, die für die Haftpflicht des Geschäftsherrn in § 711 und 712 gezogenen Grenzen zu erweitern, überzeugen. Besonders erkannte sie das Bedürfnis nicht an, das im geltenden Recht erprobte und dem deutschen Rechtsbewusstsein am meisten entsprechende Prinzip der Culpahaftung aufzugeben. Damit,

---

[39]) Am weitesten ging ein Antrag (Antrag 6 Mugdan S. 1091 Prot. 2725) mit seiner Forderung, den Grundgedanken der Culpahaftung ganz aufzugeben und den Geschäftsherrn für die von seinen Angestellten und Arbeitern verschuldeten Beschädigungen unbeschränkt haften zu lassen. Andere Anträge waren weniger extrem. Antrag 2 und 4 b Mugdan S. 1091 Prot. 2774), die sich nach Inhalt und Tragweite nahekommen, wollten, dass der Geschäftsherr für seinen Vertreter bezw. der Unternehmer eines Erwerbsgeschäfts für die von ihm zur Leitung oder Beaufsichtigung der Arbeiter Angestellten dem Dritten unbedingt haftbar sein soll, jedoch nur zum Ersatze des von diesen bei Ausführung ihrer Verrichtungen verursachten Schadens. Näher steht dem Standpunkt des Entwurfs Antrag 5a (Mugdan S. 1091/92 Prot. 2775 ff.), der zwar den Geschäftsherrn für jeden von seinen Angestellten und Arbeitern in Ausführung ihrer Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schaden haften lassen, jedoch einen Exkulpationsbeweis zulassen will, ein dem Schweiz. Obl. Recht entlehnter Gedanke (Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 Art. 62, vom 30. März 1911 Art. 55).

Zur Begründung der gegen das Prinzip der Culpahaftung geführten Angriffe wurde gesagt (Mugdan S. 1091/92 Prot. 2778), es entspreche dem Rechtsbewusstsein der Gegenwart der Satz, dass derjenige, der sich eines anderen zur Verrichtung bediene, dafür sorgen müsse, dass durch die Ausführung ein Dritter nicht Schaden erleide; denn die Ausführung sei auch Angelegenheit des Geschäftsherrn und der Beschädigte könne deshalb wegen seines Ersatzanspruchs nicht ohne weiteres an den meist weniger bemittelten Ausführenden verwiesen werden. Weiter wurde angeführt (Mugdan S. 1091/93 Prot. 2781), der industrielle Betrieb habe im Vergleiche zu früheren Zeiten im letzten Jahrhundert eine ungeahnte Entwicklung genommen, welche das geltende Recht nicht habe voraussehen können. Mit der Art der einzelnen Betriebe seien zahlreiche, zuvor unbekannte Gefahren verbunden, die sich bei der zunehmenden Dichtigkeit der Bevölkerung noch erheblich steigerten. Es sei nötig, die durch derartige Betriebe hervorgerufenen Schädigungen zu verteilen und den Beschädigten von den Nachteilen, die er bisher wie einen unglücklichen Zufall getragen hätte, zu befreien. Den Ausgangspunkt müsse der volkswirtschaftliche Grundsatz bilden, dass jedes Gewerbe die Lasten auf sich zu nehmen habe, die in der Eigenart seines Betriebes lägen.

dass durch die Erteilung des Auftrags zu einer Verrichtung noch keine Beziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem vom Beauftragten Geschädigten hergestellt würden, vielmehr der Auftrag nur auf Ausführung des Erlaubten gehe, wird das Festhalten am Schuldprinzip begründet [40]). Den allerdings berechtigten Gedanken der Anträge, dass der, der die Vorteile eines Unternehmens geniesst, auch für die daraus Dritten entstehenden Schäden aufzukommen habe, auszubauen, müsse der Spezialgesetzgebung überlassen werden. Angenommen wurde der Antrag 1, der die beiden Paragraphen 711 und 712 verschmilzt, die Aufsichtspflicht des Geschäftsherrn spezialisiert [41]) und die Lage des Beschädigten erheblich bessert, indem er die Beweislast umkehrt in der Erwägung, dass der Geschädigte oft, besonders grossen Unternehmungen gegenüber infolge mangelnden Einblicks in deren Organisationen in die Unmöglichkeit versetzt sei, ein Verschulden des Geschäftsherrn nachzuweisen.

Der § 754 des II. Entwurfs enthält obige Aenderungen, der III. Entwurf billigte sie [42]) und als § 831 ist die Vorschrift über die Haftung des Geschäftsherrn Gesetz geworden.

Unger [43]) meint, mit der Umkehrung der Beweislast sei das Verschuldungsprinzip aufgegeben worden und das Veranlassungsprinzip an seine Stelle getreten. Diese Ansicht hat sich Jovy [44]) angeschlossen. Als Beweis für ihre Ansicht wird ausgeführt, dass der Geschäftsherr unter Umständen haften muss, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, wenn er nämlich den Entlastungsbeweis nicht hinreichend zu führen vermag. Diese Beweisführung ist zu prüfen. Nach allgemeinen Grundsätzen hat der Geschädigte den Schaden und das Verschulden des Schädigers zu beweisen. Davon hat das Gesetz im vorliegenden

[40]) Mudgan S. 1094 Prot. 2784.

[41]) Mugdan S. 1095 Prot. 2785.

[42]) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. S. 151; Mugdan S. 1268; vgl. Komm.-Ber. S. 108; Mugdan S. 1300.

[43]) Unger, Handeln auf eigne Gefahr. S. 69 Anm. 18.

[44]) Jovy, Arch. für bürgerliches Recht. Bd. 37. S. 124 und 127.

Falle eine Ausnahme gemacht, imden es den Geschädigten von diesem schwierigen Beweis befreit und dafür dem Schädiger, dem Geschäftsherrn, den Entlastungsbeweis, dass ihn ein Verschulden n i c h t träfe, auferlegt. Der Fehler der Beweisdeduktion Jovys liegt darin, dass er aus einer formellrechtlichen Aenderung, d. h. einer in das Prozessverfahren und die dafür aufgestellten Beweislastregeln eingreifenden Aenderung eine solche des materiellen Rechts ableitet. Der Fall tritt in der Praxis oft ein, dass ein wirklich bestehendes Recht oder ein das Recht aufhebendes Gegenrecht vor Gericht nicht bewiesen werden kann[45]).

Was ist übrigens die „exceptio", wie Unger a. a. O. den Entlastungsbeweis des Satz 2 bezeichnet anderes als das Vorschützen der rechtsverneinenden Tatsachen, dass das Verschulden des Geschäftsherrn fehlt! Diese Auffassung führt aber auf das Verschuldungsprinzip zurück.

Gleicher Ansicht ist Planck [46]): „Der Satz 2 soll nicht sagen, dass ausnahmsweise die Haftung fortfällt, wenn der Geschäftsherr den Beweis führt, dass ihn kein Verschulden trifft, sondern er bringt das Prinzip zum Ausdruck, dass die Ersatzpflicht überhaupt nicht eintritt, wenn der Schaden nicht auf ein Verschulden des Geschäftsherrn zurückzuführen ist. Dass die Vorschrift in zwei Sätze zerlegt ist, dürfte wohl nur aus redaktionellen Gründen geschehen sein; die Fassung würde, wenn man beide Sätze zu einem zusammengezogen hätte, sehr schwerfällig geworden sein."

Der Ansicht Jovys widerspricht auch die Denkschrift [47]): „Der § 815 geht von der Auffassung aus, dass nur ein V e r s c h u l d e n des Geschäftsherrn es rechtfertigt, ihn für die Handlungen seiner Angestellten haftbar zu machen; dabei erleichtert er durch Umkehrung der Beweislast die Lage des Verletzten."

[45]) Vgl. Feder S. 90 und R.G. in Seuff. Arch. Bd. 63 Nr. 201.
[46]) Vorbem. zu § 831. Vgl. auch Crome S. 1047.
[47]) s. Anm. 42 dieser Arbeit.

Dass die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 allein durch sein eigenes Verschulden begründet wird, betont auch die Rechtsprechung ständig.[48])

Zivilrechtliches Verschulden, mit dem wir uns hier allein zu beschäftigen haben, ist rechtspflichtwidriges, auf einem Willensfehler beruhendes Handeln oder Unterlassen.[49]) Verschulden gründet sich also auf die freie Willensbetätigung des Menschen, für die die Bewusstseinsfunktion Voraussetzung ist. Wo dieses Bewusstsein fehlt, kann von einem Verschulden, so sagt das Gesetz [50]), keine Rede sein.[51]) Die Unzurechnungsfähigkeit ist die Ausnahme, allgemein wird die freie Willensbestimmung vorausgesetzt. Jhr entspricht die freie Wahl der Art der Umsetzung des Willens in die Wirklichkeit, die freie Wahl der Handlungsweise. Die allgemeinen Rechtsnormen begrenzen die Willkür der freien Handlungsweise, einmal gegenüber dem Staat, sodann gegenüber dem Mitmenschen; entscheidend sind die sozialen Grundsätze der Existenzberechtigung eines jeden, der Erhaltung der Arbeitskräfte und der daraus folgenden Notwendigkeit des Interessenschutzes.

Zum Verschulden gehört ein Doppeltes, ein inneres und ein äusseres Moment [52]) Das innere Moment stellt sich als eine falsche Willensrichtung dar. Der Fehler besteht darin, dass der Wille sich mit den allgemeinen Rechtsnormen in Widerspruch

[48]) R.G. 78, 107; J.W. 1911, 979; 1913, 864; Warn. 1912 Nr. 74; Z. für Rechtspflege in Bayern 1906 S. 446.

[49]) Grünebaum in Posener, Rechtslexikon.

[50]) §§ 827, 828 B.G.B.

[51]) Auch für die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 ist seine Deliktsfähigkeit Voraussetzung. Streit herrscht über die Frage, ob die nach Billigkeit und gegebenen Verhältnissen der Beteiligten ausgleichende Vorschrift des § 829 Anwendung finden kann, wenn der Geschäftsherr aus einem der in § 827, 828 angeführten Gründe deliktsunfähig ist. Der Reichsgerichtskommentar (Note 1 zu § 831) verneint sie, weil der Wortlaut des § 829 die Anwendung auf die Fälle des § 823—26 beschränke, während Oertmann (Note 3c zu § 831) und Planck (Note 3 zu § 831) die analoge Anwendung vertreten; diese Ansicht hat wohl vom rechtspolitischen Standpunkte aus die grössere Berechtigung.

[52]) Vgl. Weyl. Verschuldensbegriffe, S. 529.

setzt. Geschieht das bewusst, so reden wir von Vorsatz [53]) Liegt der Fehler in einem den Anforderungen des Verkehrs nicht genügenden Anspannen der Geisteskräfte [54]), so bezeichnet man dies als Fahrlässigkeit.

Zu dem inneren Moment muss das äussere hinzukommen. In der falschen Willensrichtung allein liegt noch kein die Rechtsfolge des Schadenersatzes begründendes schuldhaftes Verhalten. Der Wille muss erst äusserlich in Erscheinung treten, in eine Handlung umgesetzt werden [55]), die die konkrete Verletzung der Rechtsnorm darstellt. Zwischen dem subjektiven Verschulden, wie wir den fehlerhaften Willen bezeichnen wollen, und dem objektiven Verschulden, der Verletzung des durch die Rechtsordnung geschützten materiellen und immateriellen Gutes, besteht eine zwingende Beziehung. Das subjektive Verschulden muss ursächlich für das objektive Verschulden sein [56]). Mit Kuhlenbeck [57]) lässt sich Verschulden erklären als eine „Kausal-Verknüpfung zwischen der vom Gesetz gemissbilligten Willenshaltung eines zurechnungsfähigen Subjekts und dem Verantwortlichkeitserfolg," d. h. der Handlung, die den Erfolg der Verantwortlichkeit — Schadenersatzpflicht — hat. Diese Kausalität [58]) fehlt beispielsweise, wenn der Täter vor Begehung der Tat das Bewusstsein rechtswidrig handeln zu wollen besass,

[53]) Es entfällt dem Rahmen dieser Arbeit, auf die Unterschiede der Willens- und der Vorstellungstheorie und ihre Berechtigungen einzugehen. Hinzuweisen ist nur auf den vermittelnden, beide Theorien vereinigenden Standpunkt von Hippels in seiner Monographie „Die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit". Doch ist die Frage hier unerheblich, da § 831 nur von Fahrlässigkeit, nicht von Vorsatz spricht.

[54]) s. S. 33 dieser Arbeit.

[55]) Diese kann natürlich auch in einem Unterlassen bestehen.

[56]) Den Fall, wo es auf das objektive Verschulden allein ankommt, das subjektive irrelevant ist, s. S. 31 dieser Arbeit.

[57]) In Staudinger II, 1 S. 143.

[58]) Die Kausalität, die Verknüpfung von Wille und Tat, ist nicht zu verwechseln mit der Kausalität zwischen schädigender Handlung und tatsächlichem Schaden.

aber es infolge Störung der Geistestätigkeit bei Begehung verloren hatte [59]) So kommt man zu dem allgemeinen Satz: „ohne Kausalität keine Schuld“ [60]).

Wer einen andern auf Schadenersatz in Anspruch nimmt, hat nach den allgemeinen Grundsätzen über die Verteilung der Beweislast zu beweisen,

1. dass ihm ein Schaden entstanden ist,
2. dass dieser Schaden durch eine objektiv rechtswidrige Handlung verursacht worden ist,
3. dass zwischen dem objektiven Handeln und der Willensseite ebenfalls ursächliche Beziehung besteht.

Da, wie wir oben gesehen haben, § 831 die Haftung des Geschäftsherrn nur für eigenes Verschulden festsetzt, hat der Geschädigte auch hier den entstandenen Schaden zu beweisen, ausserdem die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht des Geschäftsherrn, sondern, da eine mittelbare Haftung vorliegt, des Angestellten und den Kausalzusammenhang zwischen Angestelltenhandlung und Schaden. Zufolge der in § 831 vorgenommenen Umkehrung der Beweislast aber wird das Verschulden des Geschäftsherrn vermutet, und zwar Verschulden im engeren Sinne der Fahrlässigkeit, da § 831 nur von Fahrlässigkeit, dem Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, redet[61]). Diese Praesumption äussert sich nach zwei Seiten, einmal in bezug auf das Verschulden des Geschäftsherrn, sodann inbezug auf die Kausalität des Verschuldens für die schädigende Angestelltenhandlung. Die allgemeine Praesumption des Ver-

---

[59]) Kausalität ist natürlich vorhanden, wenn er diese Störung selbst, etwa durch Alkoholgenuss, herbeigeführt hat. § 827 Satz 2.

[60]) A. M. Träger, Kausalbegriff, S. 71. Dessen irrige Ansicht, das Axiom „ohne Kausalität keine Schuld“ existiere nicht, liegt in der engeren Begrenzung des Begriffs „Ursache“ begründet, den er nur mit einer positiven Handlung unter Anschluss einer negativen Tatsache identifiziert.

[61]) Vgl. Wortlaut des Paragraphen. — Für vorsätzliche Anstellung eines Untüchtigen würde der Geschäftsherr schon nach § 823 haften.

schuldens des Geschäftsherrn teilt sich also in zwei gleichwertige Einzelvermutungen:

1. dass der Geschäftsherr bei der Auswahl seiner Hilfspersonen oder bei der Beschaffung der zur Arbeit der Hilfspersonen nötigen Vorrichtungen oder Gerätschaften oder endlich bei der Leitung der Arbeit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht gelassen hat [62]) und
2. dass durch diese untüchtige Auswahl oder Ausstattung oder ungenügende Leitung die schädigende Angestelltenhandlung verursacht sei.[63])

Fehlte die zweite Vermutung, d. h. würde das Verschulden des Geschäftsherrn ausreichen, um seine Haftung zu begründen, ohne dass die Kausalität dieses Verschuldens für die widerrechtliche Handlung des Angestellten nötig wäre, so würde eine Haftung für dritte Personen statuiert, die weiter ginge als für eigene Handlungen. Durch das Kausalitätserfordernis aber wird die Haftung auf die Fälle beschränkt, wo die Rechtsverletzung durch den Angestellten verursacht ist durch das persönliche Verschulden des Geschäftsherrn. Die Vermutung seines Verschuldens kann der Geschäftsherr entweder durch den Nachweis entkräften, dass er bei der Auswahl der Hilfspersonen die nötige Sorgfalt beobachtet hat, oder durch Darlegung des fehlenden Kausalzusammenhangs.[64])

---

[62]) s. S. 32 ff. dieser Arbeit.

[63]) s. S. 50 ff. dieser Arbeit. Zum gleichen Resultat der doppelten Vermutung kommt der R.G. Komm. (§ 831 Nr. 1) durch Ableitung aus dem Text („die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.") Doch erscheint mir die Ausdrucksweise zu 2., dass durch die untüchtige Auswahl „der dem Dritten zugefügte Schaden" verursacht sei, nicht ganz genau. Die allgemeine Praesumption soll analysiert werden, dann darf in der Analyse die Voraussetzung der Praesumption — Kausalzusammenhang zwischen Angestellten-Handlung und Schaden — nicht mit zur Erklärung herangezogen werden.

[64]) s. S. 58 ff. dieser Arbeit.

§ 3.

Die Bestellung zu einer Verrichtung.

Der Begriff der Bestellung in § 831 ist der denkbar weiteste.[65]) Es ist gleichgültig, ob die Bestellung zur Vornahme tatsächlicher oder rechtlicher Handlungen[66]) gegen Entgelt oder unentgeltlich erfolgt, ob es sich um dauernde, vorübergehende oder selbst einmalige Tätigkeit, um Tätigkeit höherer oder niederer Art handelt[67]); eine allgemeine Bestellung schliesst auch die einzelnen im Rahmen des Auftrags liegenden Handlungen in sich[68]). Es kommt nicht darauf an, ob für die Geschäfte rechtlicher Art dem Angestellten Vertretungsmacht[69]) eingeräumt ist oder nicht[70]). Die Uebertragung der Verrichtung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen[71]), nur muss eine wirkliche Bestellung vorliegen: für einen Geschäftsführer ohne Auftrag haftet der Geschäftsherr nicht.[72])

Eine genauerere Bestimmung und Begrenzung des an sich vagen Begriffes der Bestellung lehnt Enneccerus[73]) von vornherein ab. Er folgert nämlich so: zähle man den selbständigen Unternehmer nicht zu den Bestellten, so entfiele die Haftung des Geschäftsherrn selbst dann, wenn er schuldhaft einem untüchtigen Unternehmer — als Beispiel bringt Enneccerus die Bestellung eines geisteskranken Baumeisters in Kenntnis

[65]) Einschränkende Anträge gelangten nicht zur Annahme, s. Antrag 3 a, 4 a und b, 5 a; Prot. 2774—75; Mugdan S. 1091.

[66]) R.G. 73, 434; L.Z. 1910, 685; J.W. 1910, 753.

[67]) J.W. 1903 S. 40 = D.J.Z. 1903 S. 223.

[68]) R.G. 73 S. 434.

[69]) 164 ff. B.G.B.

[70]) R.G. 53, 276.

[71]) Vgl. R.G. Entsch. im Rhein. Arch. für Zivil- und Kriminalrecht. Bd. 81, Abtg. III. S. 116.

[72]) Crome § 333, I.

[73]) § 459 Anm. 4.

dieses Umstandes — die Ausführung eines Werks übertragen habe; deshalb müsse der Begriff der Bestellung so weit gefasst werden, damit der besondere Fall in § 831 untergebracht werden könne. Aber warum soll man wegen des Ausnahmefalles, für den das Gesetz in § 823 eine ausreichende Handhabe bietet [74]), das Anwendungsgebiet des § 831 ins Unendliche führen?

Auch Oertmann ist im Prinzip gegen jede Einschränkung des Bestellungsbegriffes [75]), und doch muss er der Gegenmeinung, die die Notwendigkeit, ein begrenzendes Begriffsmerkmal aufzustellen betont, Konzessionen machen [76]): als unanwendbar erachtet er § 831 in den Fällen, wo die Tätigkeit, die jemand veranlasst, zunächst eine fremde ist, d. h. dem Vermögensbereich des Schuldners angehört und dieser nur verpflichtet ist, das Arbeitsergebnis demnächst in das Vermögen des Bestellers überzuführen. Weiter räumt er noch ein, § 831 sei überall da unanwendbar, wo die Beschädigung des Dritten innerhalb einer eigenen, vom Besteller ganz unabhängigen Betriebssphäre eingetreten ist. Mit diesen Eingeständnissen lässt Oertmann sein Prinzip eigentlich fallen, denn „die vom Besteller unabhängige Betriebssphäre" stellt eben ein Gebiet dar, wo dem Besteller jede Möglichkeit fehlt, mit seinem Willen einzuwirken [77]).

Eine besondere Stellung nimmt Planck mit seiner Auffassung der Bestellung ein [78]). Auf Grund des in Absatz 1 Satz 2 ausgesprochenen Verschuldungsprinzips will er den leitenden

[74]) cf. J.W. 1910, 652; ebenso Fromherz I S. 193.

[75]) Oertmann § 831, 2a: „Gerade in den verantwortungsvollsten Fällen, wo der Tüchtigkeit des Bestellten das Wohl und Wehe zahlreicher und wichtiger Interessen anvertraut sind, würde der Besteller — wenn der selbständige Unternehmer nicht als Bestellter angesehen wird — entlastet, anstatt vielmehr mit weitergehender Garantie belastet".

[76]) Oertmann daselbst Absatz 3.

[77]) Oertmann nähert sich damit der Ansicht des Reichsgerichts, siehe S. 20 dieser Arbeit.

[78]) 831, 1 a.

Gedanken dahin bestimmen, dass nur die Bestellung zu solchen Verrichtungen in Frage komme, bei welchen die Prüfung der Zuverlässigkeit der für die Verrichtung zu bestellenden Person möglich und nach der Auffassung des gesunden und normalen Verkehrs erforderlich sei; jedenfalls sei nach dem Grundgedanken der Vorschrift daran festzuhalten, dass ein Verschulden denkbar sein müsse [79]). Es erscheint mir aber falsch, den Begriff der Bestellung vom subjektiven Standpunkte zu bestimmen. In Satz 1 des Absatz 1 des § 831 werden lediglich die Voraussetzungen für die Haftung des Geschäftsherrn festgelegt, sogar nur in grossen Umrissen. Der Wortlaut des Satz 1 in seiner ganz allgemeinen Fassung: „wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt," erlaubt nicht, die in Satz 2 gegebene subjektive Bedingung des Kausalzusammenhangs [80]) zur Umgrenzung des Bestellungsbegriffes in Satz 1 zu übernehmen. Dem Bedürfnis, das Anwendungsgebiet des § 831 zu umgrenzen, darf man jedenfalls nicht auf dem Wege gerecht werden, dass man schon dem Begriff der Bestellung subjektive Momente zu Grunde legt.

Dernburg [81]) sieht das entscheidende Kriterium für die Bestellung darin, dass der Bestellte nach aussen hin als Besorger des Geschäftes des ihn Bestellenden auftritt und als solcher im Verkehr erscheint. Dies Prinzip der äusseren Erkennbarkeit kann jedoch dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnommen werden. Seine Annahme würde auch eine erhebliche Einschränkung des Anwendungsgebiets des § 831 bedeuten; die Folge würde sein, dass in allen den Fällen, wo der Schädigende rein äusserlich in seiner Eigenschaft als Bestellter nicht zu erkennen war, die Haftung des Geschäftsherrn entfallen und dass eine

[79]) Mit dieser Ansicht schliesst er sich Crome S. 1050 und Feder S. 93 an. Vgl. auch Fromherz I S. 191, der Plancks Standpunkt vertritt. Jovy (S. 87) verwirft Plancks Meinung nur aus dem Grunde, weil er dem § 831 ein Veranlassungsprinzip imputiert, cf. S. 11 dieser Arbeit.

[80]) s. S. 12 dieser Arbeit.

[81]) Dernburg § 387 II, 1.

Umgehung des § 831 durch den Geschäftsherrn möglich würde[82]). Dieses unbilligen Ergebnisses wegen ist auch Dernburgs Forderung in der Literatur allgemein zurückgewiesen worden.[83])

Um die Grenzen des weiten Begriffs der Bestellung festzulegen, gibt das Reichsgericht[84]) allgemein eine Begriffsbestimmung dahin, dass für den Bestellten die Abhängigkeit vom Willen des Geschäftsherrn das entscheidende Merkmal bilde. Aus dem Gebrauche des Wortes „Geschäftsherr" in Satz 2 zieht es den Schluss, für die Haftung des Bestellers sei Voraussetzung, dass er dem Bestellten gegenüber die Stellung eines Geschäftsherrn einnimmt. Diese Stellung habe er aber nur dann, wenn er die erforderlichen Anordnungen für die Ausführung der Verrichtung zu erteilen habe, wenn diesen vom Bestellten Folge zu leisten sei, letzterer also bei der Ausführung der ihm aufgetragenen Verrichtung von dem Willen des Bestellers abhängig sei. Sei dagegen vom Bestellten eine Tätigkeit verlangt, bei deren Ausführung er nach eigenem Ermessen handeln und dasjenige vornehmen soll, was er auf Grund eigener Sachkunde und Erfahrung für zweckmässig erachtet, so habe derjenige, welcher ihn zu seiner Tätigkeit veranlasst hat, nicht die Stellung eines Geschäftsherrn.

Kann die Willenabhängigkeit wirklich das entscheidende Merkmal dafür abgeben, ob eine Bestellung zu einer Verrichtung vorliegt oder nicht? Wo ist denn die Grenze zwischen Handeln nach eigenem Ermessen und Ausführen der Anweisungen des Geschäftsherrn? und wenn der andere auf Grund eigener Sach-

[82]) Crome § 333 Anm. 13 gibt unrichtigerweise zu, dass die Erkennbarkeit gewöhnlich vorliegen werde. Als weiteres Argument fügt er hinzu, wie käme sonst auch der Verletzte dazu, einen Dritten in Anspruch zu nehmen; doch scheint mir das nicht schlüssig, denn der häufigste Fall wird der sein, dass der Geschädigte im Verlaufe des von ihm gegen den Schädiger angestrengten Prozesses zuerst von dem Angestelltenverhältnis mit dem Dritten hört.

[83]) Crome § 333, I; Enneccerus § 459 Anm. 4; Planck 831, 1 a; Staudinger 831, 2 a β; R.G. Komm. Note 2 zu § 831.

[84]) R.G. 51, S. 199; R.G. 53, 276; J.W. 09, 276, 416; 10, 747; Warn. Rspr. 08 Nr. 56 und 471; 1909 Nr. 453; 1910 Nr. 232; 1911 Nr. 180; Seuff. A. 65, 102.

kunde und Erfahrung handelt, dann ist er nicht zu einer Verrichtung bestellt? also auch nicht der Geschirrführer, dem der Wagen zur selbständigen Führung anvertraut ist, da der Dienstherr der eigenen Sachkunde ermangelt? Die Willensabhängigkeit kann nicht das Entscheidende sein, denn auch dem niederen Angestellten ist stets eine gewisse Freiheit in der Ausführung der übertragenen Verrichtungen gelassen. Es bleibt ihm in jedem Falle die Möglichkeit, innerhalb des Rahmens, der ihm durch die Bestellung zugewiesen ist, selbständig zu entscheiden. Deshalb lässt das Reichsgericht auch in den letzten über den Begriff der Bestellung ergangenen Entscheidungen [85]) massgebend sein, ob „dem Auftraggeber die Verfügung über die Person und die Bestimmung ihrer Tätigkeit zusteht." Aber auch dieses Merkaml scheint nicht der Kern des Bestellungsbegriffes zu treffen, z. B. ich gebe dem Radfahrer eines Eilbotenunternehmens einen Auftrag, er überfährt einen Dritten. Nach der Ansicht des Reichsgerichts wäre der Eilbote von mir zu einer Verrichtung bestellt im Sinne des § 831, denn mir steht die Verfügung über seine Person, so lange ich ihn brauche, und die Bestimmung seiner Tätigkeit zu, ich kann ihn zu jeder Art Tätigkeit verwenden.

Das Wort „Bestellen" bedeutet aber nicht nur ein Veranlassen, eine Bestellung begründet vielmehr eine gewisse Zeit dauernde Beziehungen, sodass der Bestellte für diese Zeit dem Besteller unterstellt ist. Der Besteller hat die Möglichkeit, auf die Gestaltung der Beziehungen, in welche er den Bestellten mit anderen Menschen bringt, einzuwirken. Aber dem Eilboten gegenüber habe ich nicht die Möglichkeit, auf die Art seines Fahrens einzuwirken [86]). Ihm hierüber Belehrungen zu geben, ist vielmehr Sache seines wirklichen Geschäftsherrn, der ihn

[85]) J.W. 1912; 37 = Warn. Rspr. 1912 Nr. 27 = Seuff. Arch. 67, 268; J.W. 1912, 138.

[86]) Es sei denn, dass ich ihm eine für die Erledigung des Auftrages zu kurze Frist gesetzt habe und der Bote in der Absicht, diese nicht zu überschreiten zu schnell gefahren ist. Aber dieser Umstand würde meine Haftung schon aus § 823 begründen.

als Eilboten in sein Unternehmen eingestellt hat. Von mir aber ist er nicht zu einer Verrichtung bestellt im Sinne jener Vorschrift, ebensowenig der Schneider, der mir einen Anzug anfertigt. Die Einwirkungsmöglichkeit, die für den Begriff der Bestellung allein massgebend sein kann, wird vor allem dann vorhanden sein, wenn schon vor der Bestellung zu der einzelnen Verrichtung ein Angestelltenverhältnis vorliegt. So wird sich meist der Unterschied des Angestellten im Sinne des § 831 und des selbständigen Unternehmers mit dem Unterschied eines Dienst- und eines Werkvertrags decken [87]).

Nach Engelmann [88]) ist die Bestellung zu einer Verrichtung ein Rechtsgeschäft; eine Begründung seiner Ansicht gibt Engelmann nicht. Ein Rechtsgeschäft ist eine Handlung, bei der der Erfolg um deswillen eintritt, weil er gewollt ist [89]). Der beabsichtigte Erfolg ist aber die Verrichtung. Wenn ich jemanden mit einer Verrichtung betraue, so beabsichtige ich, andere Kräfte für mich wirken zu lassen, sie sollen eine eigentlich von mir auszuführende Handlung statt meiner vornehmen. Der beabsichtigte Erfolg liegt also in der Verrichtung durch den Bestellten. Der Bestellte ist nur Werkzeug, die Bestellung nur Mittel zum Zweck. Da der gewollte Erfolg erst mit der Ausführungshandlung des Bestellten, aber noch nicht mit der Bestellung selbst eintritt, so kann m. E. die Bestellung nach obiger Definition, die auch Staudinger [90]) bringt, als Rechtsgeschäft nicht angesehen werden. Engelmann scheint selbst Bedenken gegen seine Behauptung, die Bestellung sei Rechtsgeschäft, zu hegen, denn wolle man sie nicht als Rechtsgeschäft ansprechen, so sei sie doch „wenigstens eine Rechtshandlung rechtsgeschäftlicher Natur". Engelmann erklärt aber diesen Sonderbegriff nicht, den er zwischen Rechts-

[87]) Vgl. J.W. 1912, S. 37, s. auch S. 142.

[88]) In Staudinger 831, 2 a und ebenso Hugo Neumann. Handausgabe B.G.B. (6. Aufl. 1912), 831 Note II, 1 a, α S. 661.

[89]) Die Motive I, 126 definieren schon ein Rechtsgeschäft als „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist".

[90]) Vorbem. zu 104 ff. II, 3.

geschäft und Rechtshandlung [91]) stellt, ohne seine Zugehörigkeit zu dem einen oder dem anderen Grundbegriff zu enthüllen. In dem vorliegenden Falle scheint Engelmann das Bedürfnis zu haben, für die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts, die die Parteien bei Eingehung des Anstellungsvertrags sich nicht vorgestellt haben, einen neuen Begriff aufzustellen; er nennt die Bestellung „Rechtshandlung rechtsgeschäftlicher Natur", weil sie unabhängig vom Kausalgeschäft, dem Anstellungsvertrage, eintritt. Doch wird an anderer Stelle [92]) zugegeben, dass ein Rechtsgeschäft wohl auch Folgen haben kann, die nicht gewollt sind.

Der abstrakten Bestellung liegt immer irgend ein Kausalverhältnis zu Grunde, dies kann sein ein Dienst-,[93]) Werk- oder Gesellschaftsvertrag[94]) oder ein Auftrag; daher fallen vor allem alle kaufmännischen und gewerblichen Anstellungsverhältnisse darunter.[95])

Die Bestellung[96]) ist unabhängig von dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft, ist dessen natürliche Folge. Es genügt, dass die bestellte Person auf Grund ihrer Beziehung zu dem Geschäftsherrn gehandelt hat[97]), das Rechtsgeschäft kann sogar nichtig sein.[98]) Auch jeder nichtige Vertrag zieht faktische Folgen nach sich, z. B. auf Grund eines nichtigen Werkvertrags fertigt der Unternehmer das Werk an; die Anfertigung ist die tatsächliche Folge, ohne dass ihr rechtliche Bedeutung zuzukommen braucht. Genau so verhält es sich mit dem nichtigen Anstellungsvertrag, rechtliche Folgen vermag er nicht zu zeugen,

---

[91]) Rechtshandlung ist eine Handlung, bei der der Erfolg auch eintritt, wenn er nicht gewollt ist.

[92]) Staudinger Vorbem. § 104 ff. II 3 c.

[93]) Dazu gehören auch die Gesindeverträge (Art. 95 Abs. 2 E.G. B.G.B.).

[94]) s. Anm. 100 dieser Arbeit.

[95]) Crome § 333, I; Staudinger § 831, 2 a; Oertmann § 831, 2 a.

[96]) Darunter ist allgemein das Betrauen mit einer gewissen Verrichtung zu verstehen.

[97]) Feder S. 92.

[98]) Enneccerus § 459 II, 1.

wohl aber als faktische Folge die Bestellung. Es ist daher irrelevant, ob der der Bestellung zu Grunde liegende Vertrag von vornherein nichtig oder später durch Anfechtung nichtig geworden ist; die tatsächliche Folge der Bestellung ist auf jeden Fall eingetreten. Die Bestellung ist also scharf zu abstrahieren von dem zu Grunde liegenden Kausalgeschäft: Der Kutscher, der den Dienstvertrag wegen arglistiger Täuschung mit Erfolg anficht, ist doch z. Zt. des Unfalls bestellt gewesen.

Da Engelmann die Bestellung als Rechtsgeschäft anspricht, muss nach ihm unbeschränkte Geschäftsfähigkeit für die Bestellung und damit für die Haftung des Geschäftsherrn vorliegen. Nach unserer Auffassung der Bestellung als unabhängige faktische Folge des Kausalgeschäfts — selbst wenn es nichtig sein sollte — ist für die Bestellung Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich.[99])

Die Personen, die ihre Anstellung auf den Vorstand oder einen verfassungsmässigen Vertreter einer juristischen Person zurückführen, sind ebenfalls Angestellte im Sinne des § 831. Die Haftung der juristischen Personen für ihre verfassungsmässigen Vertreter regeln §§ 31, 89 B.G.B.[100])

Für den Unterschied des verfassungsmässigen Vertreters nach § 30 B.G.B. und des Angestellten nach § 831 ist massgebend,

---

[99]) Zur selben Ansicht kommen Planck § 831 Anm. 4; Oertmann § 831, Anm. 2 a; R.G. Komm. § 831, Anm. 2; Enneccerus § 459, II, 1 a. E.; vgl. auch Fischer S. 75.

[100]) Dass § 31 auch für handelsrechtliche Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit Anwendung findet, ist anerkannten Rechtes (R.G. 57, S. 93); Warn. Rspr. 08, S. 515 (G.m.b.H.) R.G. 68, 371 (Genossenschaften), für die Aktiengesellschaft ist es im R.G. 54 S. 128 stillschweigend bejaht. — Als verfassungsmässig berufene Organe gelten auch die geschäftsführenden O.H. Gesellschafter in der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft. Da diese beiden Handelsgesellschaften keine juristische Personen sind, so ist es nicht angängig, wie Brückner (Recht 1901) auf S. 341 im Anschluss an das Reichsgericht will, die Vorschrift des § 31 auf die von den Geschäftsführern begangenen unerlaubten Handlungen anzuwenden. Vielmehr haften diese Gesellschaften nur gemäss § 831 (Staub scheint sich in seinem neuen Kommentar zum H.G.B. 9. Aufl. 1912 Anm. 1 zu § 126 dieser Ansicht angeschlossen zu haben im Gegensatz zu der in der 6.-7. Aufl. vertretenen Meinung; s. auch Litthauer-

ob die Personen zu ihrer Tätigkeit innerhalb eines Geschäftsbereichs durch die Satzungen der Körperschaft oder durch Gesetz oder durch organisatorische Verwaltungsbestimmungen der Körperschaft des öffentlichen Rechts berufen sind oder ob sie ihren Dienstauftrag erst wiederum von den so Berufenen herleiten.[101]) Die Anstellung, sei es eines verfassungsmässigen Vertreters oder eines Angestellten im Sinne des § 831, braucht nicht durch die Körperschaft oder die Behörde selbst zu erfolgen, sondern kann auf einen zuständigen Vertreter zurückgehen.[102]) Danach wird von der Rechtsprechung beispielsweise zu den verfassungsmässig berufenen Vertretern gezählt: der Landgerichtspräsident und der Erste Staatsanwalt[103]), Vorstand eines Amtsgerichts[104]), der Garnisonkommandant bezw. Regimentskommandeur[105]), sowie ein Offizier, der militär-fiskalische Anordnungen trifft[106]), der Bürgermeister[107]), der Gemeindevorsteher[108]), der Wasserwerksdirektor[109]), ein Stadtingenieur[110]), ein Stadtbaurat[111]), der Leiter einer Heilanstalt.[112]) Dagegen zu einer Verrichtung bestellt und nach § 831 zu beurteilen sind: ein Stations-

---

Mosse, Anm. 1 zu § 124) . Die Vorstandspersonen eines nicht rechtsfähigen Vereins als einer körperschaftlich eingerichteten Personenverbindung sind Angestellte im Sinne des § 831 (J.W. 1913 S. 737; s. auch R.G. 60, S. 98; 74, S. 371; 11. Dez. VI, 36, 11).

[101]) R.G. 53, 276; 74, 21 und S. 255 (wieder einschränkend gegenüber R.G. 70, 91); J.W. 06 S. 8, 1912 S. 28, S. 38 und S. 849.

[102]) R.G. 53, 276; J.W. 03, Beil. 109; J.W. 04, S. 165; Warn. 09, Nr. 538.

[103]) R.G. J.W. 03, Beil. 132; Gruch. Betr. 50, 361.

[104]) R.G. Gruch. Beitr. 49, 635.

[105]) J.W. 08, 465.

[106]) J.W. 03, Beil. 109.

[107]) R.G. 68, 278.

[108]) R.G. Warn. Rspr. 1911 Nr. 1.

[109]) Warn. Rspr. 08, Nr. 469.

[110]) J.W. 08, 269.

[111]) J.W. 12, 849.

[112]) J.W. 12, 338.

vorsteher[113]), ein Stationsassistent[114]), ein Postassistent[115]), der Hausmeister eines Postgebäudes[116]), der Postillon[117]), der Motorwagenführer einer Strassenbahngesellschaft.[118])

§ 4.

„In Ausführung der Verrichtung".

Der § 831 lässt den Geschäftsherrn nur für den Schaden haften, den die bestellte Person in Ausführung der ihr übertragenen Verrichtung angerichtet hat. Den Gegensatz bildet die Zufügung eines Schadens bei Gelegenheit der Ausführung der Verrichtung. Eine schädigende Handlung ist dann in Ausführung der Verrichtung vorgenommen, wenn sie, in den Kreis der Massnahmen fällt, welche die Ausführung der Verrichtung darstellen.[119]) Aber bei dieser Einschränkung ist nicht vorausgesetzt, dass gerade die den Schaden unmittelbar verursachende Handlung selbst dem Bestellten aufgetragen war;[120]) denn instruktionsmässig wird die Handlung in der Regel nicht sein.[121]) Würde man dies Erfordernis aufstellen, so hiesse das den Paragraphen inhaltlos machen.[122]) Die Ausdrucksweise des Reichsgerichts, die Handlung müsse in den Kreis der die Ausführung der Verrichtung darstellenden Massnahmen fallen, ist jedoch nicht genau genug, um ein klares Bild vom beabsich-

[113]) J.W. 03, Beil. 117; Recht IX, 616.

[114]) Sächs. Arch. 06, 7.

[115]) J.W. 06, S. 706.

[116]) J.W. 04, S. 165.

[117]) O.L.G. 14, 2.

[118]) J.W. 03, Beil. 92.

[119]) R.G. 24, 125; 73, 437; Warn. 09 Nr. 405; J.W. 10, 333, auch R.G. VI/20/1906 und VI/533/1905; J.W. 1913, 327.

[120]) R.G. 73/436; J.W. 1913, 324.

[121]) cf. Feder S. 97.

[122]) Oertmann § 831, II, a, β,; denn dann reichte § 823 aus.

tigten Umfang der Haftung zu geben.[123]) An anderer Stelle bestimmt das Reichsgericht das Erfordernis der Haftung genauer: [124]) es müsse die schädigende Handlung mit der Ausführung des Auftrages in einem inneren Zusammenhange — im Sinne adäquater Verursachung[125]) — stehen.

Dieser liegt beispielsweise vor, wenn ein Kutscher, Kraft- oder Strassenbahnwagenführer, mit der Fahrt beauftragt, dabei jemanden überfährt[126]), wenn die Leute des Spediteurs beim Umzug das Treppengeländer beschädigen. Er fehlt, wenn sie bei Gelegenheit des Umzugs den Weinkeller eines anderen Mieters plündern.[127]) Es kommt lediglich auf das objektive Vorhandensein dieses Zusammenhanges an, irrelevant ist die subjektive Meinung des Handelnden. Es genügt nicht seine irrtümliche Annahme in Ausführung des Auftrages zu handeln.[128]) Andererseits stellt eine irrtümliche oder willkürliche Ueberschreitung der Grenzen des Auftrags die Handlung noch nicht ausserhalb des Kreises der aufgetragenen Verrichtungen, wenn die innere Beziehung tatsächlich noch vorliegt, so wenn ein Kutscher gegen den Willen seines Herrn eine andere Person in dem Wagen Platz nehmen lässt, mit ihr die vom Dienstherrn aufgetragene Fahrt vornimmt und bei der auftragsgemäss oder mit einem eigenmächtigen Umwege ausgeführten Fahrt die

[123]) Fischer S. 81.

[124]) R.G. 73, 734; J.W. 09, 358. — Gruch. 53, 924, J.W. 1911, 182 und die bei Fischer S. 81 zit. Entsch.; vgl. Fromherz I S. 193. — Eine Einschränkung der Art, wie sie Noeld S. 779 vornimmt, die Handlung müsse zur Vollziehung des Auftrages stattgefunden haben, verträgt § 831 nicht; denn diese Darstellung umfasst ja nur die positive Seite der Ausführung der Verrichtung. Ein Gasschlosser verursacht durch fahrlässiges Umgehen mit einer Lötlampe bei der Reparatur der Anlage einen Brandschaden. Dieser ist sicher in Ausführung der Vorrichtung herbeigeführt, dient aber wohl kaum zur Vollziehung des Auftrages (die Reparatur war auch ohne den Brand möglich) .

[125]) s. S. 57 der Arbeit.

[126]) J.W. 06, 377; 07, 16; Warn. 09 Nr. 507.

[127]) Oertm. 831, 2, c.a. vgl. auch J.W. 09, 358; 10, 333;

[128]) J.W. 10, 652.

Person verletzt.[129]) Als schädigende Handlung i. S. des § 831 gilt auch die Unterlassung einer auftrags- oder pflichtgemäss vorzunehmenden Tätigkeit seitens des Angestellten.[130]) Hier ist zu prüfen, ob dieser zu der Verrichtung, die er schuldhafter Weise unterlassen hat, bestellt war oder ob er aus dem Kreise der ihm übertragenen Verrichtungen zur Vornahme der Handlung, die den Schaden verhütet hätte, verpflichtet war.[131])

Eine in der Literatur verschieden beantwortete Frage ist die, ob der Geschäftsherr auch für eine vorsätzliche Schadenszufügung des Bestellten verantwortlich ist.

Nach Fischer[132]) gehört eine schädigende Handlung nur dann zur „Ausführung" der Verrichtung, wenn sie in deren „technischen Eigenart" ihren Grund hat. Weil nun bei einer vorsätzlichen Handlung der Schaden nicht durch die technische Eigenart der Verrichtung hervorgerufen werde, sondern durch dieser ganz fremde Momente, so verneint er die Anwendbarkeit des § 831. An einem Beispiele soll seine Beweisführung geprüft werden. Ein Steinklopfer schlägt absichtlich in der Weise auf den Stein, dass ein anderer Arbeiter verletzt wird.[133]) Hier wird aber doch der Schaden gerade durch die technische Eigenart der Verrichtung hervorgerufen, denn es ist unvermeidlich und in der Härte des Steines begründet, dass bei der Zerkleinerung, die dem Arbeiter aufgetragen war, Splitter umherfliegen. Die

[129]) J.W. 1913, 327, vergl. auch Warn. 09 Nr. 405. Nach dieser Auffassung des Reichsgerichts ist das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe in Bad. Rechtspraxis 1907 S. 197 als falsch zu bezeichnen.

[130]) J.W. 10, 333; 1911, 182. — Ueber Kausalität der Unterlassung s. Wiechowski, vergl. auch Anm. 262 dieser Arbeit.

[131]) Für die Unterlassung analog der für die positiven Handlungen gegebenen Vorschrift in Ausführung, z. B. ein Portier eines gefährlichen Fabrikbetriebes ist verpflichtet, Fremde von der Gefahr bringenden Anlage fern zu halten, nicht ein in der Fabrik beschäftigter Heizer, der gerade einen Fremden in der Nähe dieser Anlage sieht.

[132]) S. 81, 82.

[133]) s. Feder S. 98, der sich freilich nur mit diesem einen Fall beschäftigt, ohne ihn der anderen Gruppe der „extremen" Fälle gegenüber zu stellen und den Unterschied herauszuschälen, vergl. auch Noeld. S. 780.

Ansicht Fischers erscheint demnach nicht haltbar. In den Fällen aber, in denen, wie er selbst sagt, das Mittel der Schadenstiftung zufällig dasselbe ist wie das, mit dem die Verrichtung hätte ausgeführt werden sollen, kommt auch er zu brauchbarem Ergebnis. Um eins seiner Beispiele anzuführen, der Geschäftsherr (Bauleiter) ist nicht für den Schaden haftbar, den ein beim Bau beschäftigter Zimmermann dadurch anrichtet, dass er nach seinem vorüberkommenden Todfeind das Beil schleudert und ihn verletzt.[134]) Fischer hätte aber seine Betrachtungen auf die andere Art von Fällen ausdehnen sollen, in denen jemand eine ihm zustehende[135]) Verrichtung zur Herbeiführung des Schadens benutzt, wie in dem oben zur Gegenbeweisführung benutzten Fall. Aehnlich ist der Tatbestand folgenden Falles: ein Arbeiter, der mit dem Anzünden der Lampe beauftragt ist, führt vorsätzlich durch Wegwerfen des Streichhölzchens einen Brand herbei.[136]) In diesen Fällen, in denen jemand eine ihm zustehende Verrichtung zur Schadenszufügung benutzt, haftet der Besteller aus § 831.[137])

Den gleichen Standpunkt nimmt das Reichsgericht ein, mit der Begründung, dass es nur darauf ankommt, ob der Bestellte, den Schaden objektiv in Ausführung der Verrichtung zugefügt und nicht, in welcher Absicht er die Verrichtung ausgeführt hat.[138])

[134]) So Oertm. 2, c, β.

[135]) analog § 31 B.G.B.

[136]) Wenn der Arbeiter das Streichholz wegwirft, nachdem er sich eine Zigarre angezündet hat, haftet der Arbeitgeber nicht.

[137]) Oertmann ebenda. — Auch innerhalb dieser Gruppe lässt sich noch unterscheiden. Im ersten Falle benutzt der Steinklopfer nicht nur die ihm zustehende Verrichtung, sondern führt den Schaden d u r c h die aufgetragene Verrichtung selbst und die ihr innewohnende Gefahr herbei; im anderen Falle reicht die Benutzung der Verrichtung allein noch nicht aus, es muss seine persönliche Handlung, das Fortwerfen des Streichhölzchens hinzukommen. Doch ist dieser Unterschied irrelevant, beide Fälle haben das Massgebende, die Benutzung der ihnen zustehenden Verrichtungen gemein.

[138]) Der Prokurist einer Bank, die gewohnheitsmässig Kredit-Auskunft erteilt, gibt schuldhaft eine unrichtige Auskunft. Seuff. Arch. 67, 79. — Ein Sparkassenrendant, der in Ausnützung seiner Stellung anvertraute Wertpapiere

§ 5.

„Widerrechtlich".

Weitere Voraussetzung für die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 ist, dass der Schaden dem Dritten[139]) widerrechtlich zugefügt ist. Unter Widerrechtlichkeit ist der unerlaubte Eingriff in den Kreis der durch die Rechtsordnung geschützten Rechtsgüter eines anderen zu verstehen.[140]) Ist der Eingriff aus irgend einem Grunde, z. B. im Falle der Notwehr, des Notstandes oder der erlaubten Selbsthilfe oder zufolge eines besonders zustehenden Rechtes berechtigt, so entfällt die Widerrechtlichkeit.[141]) Der Begriff der Widerrechtlichkeit ist ein objektiver, wie die Hinzufügung der persönlichen Schuldmerkmale „vorsätzlich oder fahrlässig" ergibt.[142]) Es muss der

---

veruntreut, handelt in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen, auch wenn er die Veruntreuungen sich dadurch ermöglicht, dass er die Unterschrift des Sparkassenkontrolleurs fälscht. Innerhalb seines Geschäftskreises, zu dem die ordnungsmässige Führung der Sparkassenbücher und Geschäftsbriefe gehört, nimmt er, statt ordnungsmässig zu verfahren, Fälschungen und betrügerische Handlungen vor, R.G. im Recht 1912, 540. — Ein Kollektivvertreter, Leiter des kaufmännischen Betriebes, nötigt durch arglistige Vorspiegelung zum Abschluss eines den Gegenkontrahenten schädigenden Vertrages unter Umgehung der Zustimmung des gegenzeichnenden technischen Betriebsleiters. R.G. 57, 93 vergl. auch D.J.Z. 1911, 1367 und die dort zit. Entsch. und das im R.G. Komm. § 831 Note 3 angeführte Beispiel des Bureauvorstehers eines Rechtsanwalts.

[139]) Auch der, der vom Angestellten zur Hilfeleistung bei der Ausführung der Verrichtung herangezogen und dadurch Bestellter desselben Geschäftsherrn wird, ist „Dritter" im Sinne der Bestimmung und kann im Falle der Verletzung durch den Angestellten den eigenen Geschäftsherrn auf Schadenersatz in Anspruch nehmen. J.W. 1912, 296 = D.J.Z. 17, 458 = Warn. 1912, Nr. 109.

[140]) Endemann § 200 Nr. 1 a; Oertmann § 823, 7.

[141]) Im einzelnen vgl. Zitelmann, Arch.Ziv.Pr. 99, S. 1 ff. über die bedingte Aufhebung der Widerrechtlichkeit bei Einwilligung des Verletzten R.G. 66/306, des Patienten Rich. Schmidt, Verantwortlichkeit des Arztes.

[142]) Vgl. Wortlaut des § 823 B.G.B. — s. J.W. 1914 S. 353.

objektive Tatbestand einer unerlaubten Handlung, die in einem Handeln oder in einem Unterlassen einer auftrags- oder pflichtgemäss vorzunehmenden Handlung bestehen kann,[143]) gegeben sein. Auf ein Verschulden des Verrichtungsgehilfen kommt es nicht an[144]), da in § 831 nicht eine Haftung aus fremden, sondern aus eigenem Verschulden statuiert wird.[145])

Infolgedessen ist es auch unerheblich, dass der Bestellte deliktsunfähig ist. Cosack[146]) verlangt, wenn der Bestellte deliktsunfähig ist, das Vorliegen einer „deliktsähnlichen Handlung" d. h. einer solchen Handlung, die ein Delikt darstellen würde, wenn der Bestellte deliktsfähig wäre.[147]) Zum Beweis bringt er folgenden Fall: nämlich: der Apotheker A. verschickt die von ihm verkauften Arzneien an seine Kunden durch seinen Diener B. auf einem Fahrrade; bei einer derartigen Besorgung stösst B. mit C. zusammen, wodurch C. schwer verletzt wird. Es lässt sich nicht nachweisen, dass der Zusammenstoss des B. mit C. durch eine Ungeschicklichkeit des B. verursacht ist, sondern die Ursache bleibt unaufgeklärt. Der Fall ist m. E. nicht zutreffend; denn der Umstand, dass im Prozess nicht festgestellt werden kann, ob den überfahrenden Radfahrer ein Verschulden trifft oder nicht, hat doch mit der Frage nichts zu tun, ob ihn in Wirklichkeit ein Verschulden trifft. § 831 muss entgegen der Ansicht Cosacks auch dann Anwendung finden,

---

[143]) J.W. 1911, 182.

[144]) Als Beweis dient auch § 840, Abs. 2, der die Möglichkeit in Betracht zieht, dass der Geschäftsherr allein haftet, weil der unmittelbare Täter wegen Fehlens des Verschuldens auf seiner Seite nicht verantwortlich ist; so Dernburg § 387, II, 3; Planck § 831, Note 1 C, Staud. § 831, Note 3 a: Oertmann § 831, Note 2d. R.G.Komm. § 831 Note 4, Feder S. 100, Fischer S. 79; vgl. auch Enncc. § 459 II, 3; Crome § 333, 1 b; Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, S. 36. — vgl. R.G. 50, 60; J.W. 03, Beil 12; 04, 471; Warn. 09 Nr. 98 = Gruch 53, 1018; J,W. 1914 S. 353. — Ueber die Bedeutung des Fehlens des Verschuldens des Angestellten s. S. 59 d. Arb.

[145]) s. S. 12 d. Arb.

[146]) Cosack, I § 164, Nr. 4 a Beispiel 5.

[147]) Cosack, ebenda § 166, I.

wenn die prozessuale Feststellung des Verschuldens des Angestellten nicht möglich ist.

Für eine Art Fälle muss jedoch von der regelmässigen Unerheblichkeit des Verschuldens des Angestellten eine Ausnahme gelten, nämlich für die Fälle, in denen erst die subjektive Willensrichtung, die die Handlung leitet, diese zu einer widerrechtlichen stempelt, wie in § 826 und § 823 B.G.B. cj. § 263 St.G.B. Da hier der Vorsatz das wesentliche Tatbestandsmoment bildet, bei dessen Fehlen eine Widerrechtlichkeit nicht begründet ist, muss hier im besonderen Falle das Verschulden der Hilfsperson Berücksichtigung finden.[148])

II. Kapitel.

Der Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn.

§ 6.

Sorgfältige Auswahl.

Um sich auf Grund fehlenden Verschuldens von der Haftung zu befreien, muss der Geschäftsherr dartun, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt

1. bei der Auswahl der bestellten Person,
2. bei der Beschaffung von Vorrichtungen oder Gerätschaften, sofern ihm diese oblag,
3. bei der Leitung der Ausführung der Verrichtung, sofern er dazu verpflichtet war,

beobachtet hat. Stets muss er also, wenn er sich entlasten will, den Nachweis der gewissenhaften und sorgfältigen Auswahl

[148]) J.W. 1911, 584 und 1913, 35 gegen Warn. 09 Nr. 484. — Voraussetzung ist natürlich, dass die bewusste Schädigung in den Kreis der Massnahmen fällt, die bei ordnungsgemässer Tätigkeit die Ausführung der Verrichtung darstellen würden.

des Angestellten erbringen, erst unter besonderen Umständen auch den der sorgsamen Beschaffung und Leitung.

Das Gesetz redet nicht wie die zweite Lesung des Entwurfs von der im Verkehr üblichen Sorgfalt. Vielmehr wurde bei Beratung der §§ 711, 712 der Antrag angenommen, statt der „üblichen" die im Verkehr „erforderliche Sorgfalt" als Massstab zu nehmen, um dem bei der ersten Fassung möglichen Irrtum vorzubeugen, als dürfe unter Umständen eine im Verkehr eingerissene Nachlässigkeit beachtet werden.[149]) Es kommt vielmehr darauf an, welches Maass von Sorgfalt der normale und gesunde Verkehr im allgemeinen für erforderlich hält. Der Ausdruck darf aber auch nicht dahin missverstanden werden, als werde dabei diejenige Sorgfalt gefordert, die nötig gewesen wäre um den konkreten Schaden abzuwenden.[150]) Freilich muss das Maass der verlangten Sorgfalt nach den Verhältnissen des einzelnen Falles bestimmt werden, doch nur soweit, als seine Eigenart, d. h. nicht die ihm speziellen, sondern die allen Fällen von der Art des vorliegenden gemeinsamen Eigenschaften es zulassen.[151])

Die zur Sicherheit des Verkehrs erforderliche Sorgfalt ist demnach ein nicht für alle Fälle feststehender Begriff; er umschliesst stets nur eine Gruppe gleichgearteter Fälle, er trägt den typischen Eigenarten der besonderen Personenklasse Rechnung. Trotzdem ist der Begriff der zu fordernden Sorgfalt kein subjektiver, wie etwa im Strafrecht, denn die besonderen Eigenschaften der Einzelpersönlichkeit finden keine Berücksichtigung[152]) Obgleich in manchen Fällen, besonders dann, wenn es sich um

[149]) Prot. S. 2786/87; Mugdan S. 1095; cf. auch Endemann § 113 Anm. 2.

[150]) J.W. 09, 356; 1913, 917; Gruch. 53, 924.

[151]) Vgl. Oertmann § 276, b, α, ββ.

[152]) Ueber die gegenteilige Ansicht, die einen individuellen Masstab fordert, und ihre Vertreter und über die Anerkennung, die die herrschende Meinung, es sei ein abstrakter Masstab anzulegen, in der Praxis gefunden hat, vgl. Oertmann § 276 b, α, ββ und auch Staudinger Vorbem. zu 275—282 II, 2a a. E.

die Bestellung zu verantwortungsreichen Verrichtungen handelt, eine ganz besondere Vorsicht, eine aussergewöhnliche Fach- und Menschenkenntnis notwendig sein kann, verlangt das Gesetz doch nie mehr als die im Verkehr d. h. unter normalen Verhältnissen der betreffenden Art erforderliche und genügende Sorgfalt; diese darf nicht so hochgespannt werden, dass auch jede entfernte Möglichkeit in Betracht gezogen werden müsste, namentlich braucht auf Möglichkeiten, die sich aus unbesonnenem Handeln anderer ergeben, im allgemeinen keine Rücksicht genommen zu werden.[153])

Um glaubwürdig zu machen, dass der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person die nötige Sorgfalt angewandt habe, müssen dem Gericht Tatsachen unterbreitet werden, aus denen es sich ein Urteil bilden kann, ob die bestellte Person nach ihrer Befähigung und Verlässlichkeit zu der Verrichtung oder dem Kreise der aufgetragenen Verrichtungen geeignet war oder vom Geschäftsherrn bei gewissenhafter Prüfung als geeignet angesehen werden durfte.[154]) Behauptungen allgemeiner Art, bei einem grossen staatlichen oder privaten Betriebe verstehe sich die scharfe Prüfung der anzustellenden Hilfsperson von selbst, genügen nicht zur Führung des Entlastungsbeweises.[155]) So ist der Beweis der Reichsbank, dass ihre Beamten nur nach Massgabe ihrer Kenntnisse und der Zuverlässigkeit und Charakter in leitende Stellungen gelangen[156]), und ebenso der Beweis eines grossen Industrieunternehmens, dass eine grosse Verwaltung selbstverständlich auch gute Aufsichtseinrichtungen getroffen habe, als unzureichend erachtet, um die Entscheidung zu tragen.[157]) Wiederum kann aber dem Geschäftsherrn der Entlastungsbeweis nicht schon deshalb ver-

---

[153]) R.G.J.W. 04, 572 = Gruch. 49, 614. R.G. Recht 1904 Nr. 2592; Bad.Rspr. 05, 106.

[154]) R.G. 59/203, J.W. 06, 706; 07, 16; O.L.G. Karlsruhe Recht 07 Nr. 2025 u. O.L.G. Naumburg in Recht 08, S. 89.

[155]) J.W. 1904 S. 361; Seuff. Bl. 70, 351 = Gruch. 48, 1115.

[156]) J.W. 1911, 594.

[157]) J.W. 1912, 194.

sagt werden, weil aus dem schuldhaften Verhalten des Angestellten bei der rechtswidrigen Handlung allein schon folgere, dass der Geschäftsherr bei der Anstellung die nötige Gewissenhaftigkeit ausser Acht gelassen habe; denn es kommt für ihn in Betracht, was er zur Zeit der Auswahl hat voraussehen können.[158]) Der negative Entlassungsbeweis genügt also nicht; zur Entlastung müssen tatsächliche Einzelheiten positiver Art, z. B. Zeugnisse, Beaufsichtigung beigebracht werden.[159]) Die Entlastungsmittel müssen sich auf die in Frage kommende Verrichtung erstrecken, in deren Ausführung die Schädigung erfolgt ist;[160]) sie müssen dartun, dass dem Bestellten die ordnungsmässige Ausübung der Verrichtung möglich war. Die Zeugnisse dürfen nicht allgemeiner Art sein, sie müssen Gutachten darstellen, die die Befähigung des Anzustellenden dartun, die Aufgaben ordnungsgemäss zu lösen. Auch müssen die Zeugnisse eine ununterbrochene Kette von Ausweisen über die Tätigkeit und die Art und Weise, wie der Angestellte Verwendung gefunden hat, bilden, um den Schluss zu unterbinden, in der Zeit, über die ein Ausweis fehlt, habe derselbe andersartige Beschäftigung erhalten und demzufolge die Fähigkeiten zu seinem ursprünglichen Berufe zum mindesten nicht weiter entwickeln können, sie unter Umständen sogar verringert.[161]) Die Auskunft von e i n e m Dienstherrn wird zur Entlastung meist nicht genügen[162]), es sei denn dass sich der Angestellte gerade bei diesem längere Zeit hindurch gut bewährt hat; wiederum ist es nicht nötig, dass sich der Dienstherr Zeugnisse über die ganze frühere Beschäftigungszeit beschafft.[163]) Die Grenzen der Beweislast muss der Richter nach der Beweiskraft

[158]) J.W. 05, 340; 1910, 11.

[159]) J.W. 1913, 750.

[160]) Recht 1906, Nr. 1481; 06, Nr. 3294.

[161]) Vgl. J.W. 06, 706 (ein nur theoretisch geprüfter Postassistent legt Telephonleitung über Starkstromleitung.)

[162]) R.G. 59, S. 203; J.W. 1905, S. 340; 1906 S. 199; Recht 1906 Nr. 1481.

[163]) R.G.Warn. 1910 Nr. 443.

der einzelnen angeführten Tatsachen bestimmen.[164]) Der Geschäftsherr kann natürlich auch zum Beweis seiner Sorgfalt die zufriedenstellende Tätigkeit seines Angestellten während längerer Zeit dartun, während der er Gelegenheit hatte, den Gehilfen zu prüfen und etwa vorhandene Mängel festzustellen.[165]) Der Geschädigte kann andererseits diesen Entlastungsbeweis wieder zunichte machen, wenn er zeigt, dass während des Angestelltenverhältnisses tatsächlich Nachlässigkeiten vorgekommen sind, die dem Geschäftsherrn nicht zu Ohren gedrungen sind, an sich aber geeignet waren, ihn zu einer Aenderung des Verhältnisses oder wenigstens zur Beaufsichtigung des Angestellten zu verpflichten.[166]) Nachlässigkeiten, die sich der Angestellte nach der Schadenszufügung hat zu Schulden kommen lassen, können bei der Beurteilung der Frage, ob der Geschäftsherr bei seiner Auswahl sorgfältig verfahren ist, nicht berücksichtigt werden.[167])

Für den Entlastungsbeweis gewissenhafter Anstellung können die Aussagen Vorgesetzter von Wert sein. Ihre Meinung als die Ansicht von Personen, die während längerer Zeit Gelegenheit und die Pflicht hatten, von der Art und Weise der Verrichtung Kenntnis zu nehmen und sich ein Urteil zu bilden, kann eine massgebende Grundlage für die Ueberzeugung des Gerichts abgeben; auch ein Urteil einer zuverlässigen Person kann, ohne dass Tatsachen angeführt werden, das Gericht in den Stand setzen, sich ein eigenes Urteil zu bilden.[168]) Als nicht zuverlässig muss aber das Urteil eines Fabrikarbeiters über die

---

[164]) Die Zeugnisse haben an ihrem Wert durch die Vorschrift des § 113, Abs. 3 Gew.O., die den sozial Schwächeren vor der Schädigung durch Angaben über seine vorhandenen Fehler schützen will, erheblich eingebüsst.

[165]) Recht 1906 Nr. 2108; 1908 S. 369; D.J.Z. 1913, S. 1328; aber wiederum kann der Umstand allein, dass in einer gewissen Zeit keine Beanstandung vorgekommen ist, den Geschäftsherrn nicht entlasten J.W. 1913, 750.

[166]) Vgl. J.W. 1911 S. 652.

[167]) R.G. im Recht 1906 S. 860.

[168]) Warn. 1912 Nr. 211.

[169]) R.G. 59. S. 203.

Eigenschaften eines Poliers gelten.[169]) Staatliche Approbation muss im allgemeinen als Nachweis der erforderlichen Sachkunde angesehen werden.[170])

Das Mass der bei der Auswahl an den Tag zu legenden Sorgfalt ist je nach der Art der Verrichtung verschieden; je schwieriger und verantwortungsvoller die Verrichtung, um so grössere Fähigkeiten muss der, der die Ausführung übernehmen soll, besitzen und um so grössere Anforderungen sind an die gewissenhafte Auswahl der zu bestellenden Personen zu erheben. Die Einfachheit der aufgetragenen Handlung befreit noch nicht von der Notwendigkeit, die Hilfsperson auf das Vorhandensein der für die Ausführung erforderlichen Eigenschaften zu prüfen. Doch die Darlegung der konkreten Verhältnisse, die berechtigter Weise zur Anstellung geführt haben, genügt, um die den Geschäftsherrn entgegenstehende Vermutung eines Verschuldens zu entkräften. Bei der Uebertragung einfacher Verrichtungen befreit der Beweis den Geschäftsherrn von der Ersatzpflicht, dass der Arbeiter nach Beruf, Alter und Geschlecht für die fragliche Arbeit tauglich erschien, falls diese keine Fachkenntnisse oder technische Geschicklichkeit bedingt und besondere Gründe wie Trunksucht, Leichtsinn, Vergesslichkeit, nicht gegen die Anstellung sprachen.[171]) Die erforderliche Sorgfalt gilt auch als beobachtet, wenn der Arbeitgeber, der einen gewöhnlichen Arbeiter oder einen Dienstknecht in seine Dienste nimmt, sich auf die von früheren Dienstherren in schriftlichen Zeugnissen oder mündlichen Mitteilungen abgegebenen Urteile verlässt; denn im allgemeinen kann es ihm nicht zugemutet werden, von den früheren Arbeitgebern Angabe der Einzelheiten zu verlangen, auf die sie ihr Urteil stützen.[172])

Die Personen, denen die Ausführung von Verrichtungen höherer Art und solcher anvertraut wird, die ihrer Natur nach eine gewisse Gefährdung anderer mitsichbringen, dürfen nicht

[170]) Recht 1908 Nr. 3606.
[171]) Vgl. O.L.G. Stuttgart in Recht 03 Nr. 332.
[172]) R.G. in Recht 08, S. 12.

nur mit den Kenntnissen des Faches, in das die Verrichtung einschlägt, ausgestattet sein, sondern müssen auch über sittliche Eigenschaften verfügen. Demgemäss muss bei ihrer Auswahl ein erhöhtes Maass von Sorgfalt angewendet werden, und der Geschäftsherr muss auch bezüglich der letztgenannten Eigenschaften eine genaue Prüfung vorgenommen haben, wenn er den Entlastungsbeweis der gewissenhaften Auswahl führen will. Bei der Auswahl eines Kutschers fordert das Reichsgericht[173]) mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit in grösseren Städten die Anwendung besonderer Vorsicht und Sorgfalt. Der Geschäftsherr darf sich bei dem Umstande, dass der Kutscher im Besitz eines etwa polizeilich vorgeschriebenen Fahrscheins ist, nicht beruhigen und sich nicht ohne weiteres auf ein von demselben vorgelegtes Zeugnis verlassen. Die Anforderung der Sorgfalt ist damit nicht überspannt, dass der Besitzer eines grösseren Fuhrwesens für verpflichtet erachtet wird, über den anzustellenden Kutscher Erkundigungen bei dem früheren Dienstherrn und bei der Polizei einzuziehen, um von etwaigen Vorbestrafungen des Kutschers, wie sie aus der Strafliste des Kutschers zu ersehen sind, Kenntnis zu erlangen. Auch muss von dem Kutscher gefordert werden, dass er die für den Strassenverkehr gegebenen polizeilichen Vorschriften kennt und ihnen entsprechend handelt, ebenso dass er Charaktereigenschaften wie Besonnenheit und Sicherheit besitzt, um den Anforderungen des Grossstadtverkehrs nachkommen zu können und ihn vor Missachtung der öffentlichen Ordnung und der Persönlichkeit der Mitmenschen durch leichtfertige Gefährdung des Verkehrs zu behüten.[174]) Eine sehr grobe Verletzung der Sorgfalt ist es natürlich, wenn die Leitung des Gespannes einem Manne überlassen wird, der sich im Zustande starker Trunkenheit befindet.[175]) Der Unternehmer muss sich auch positiv von der Brauchbarkeit und Zuverlässigkeit eines

[173]) J.W. 04, S. 471.
[174]) J.W. 08, 402, vgl. auch O.L.G. Colmar in Recht 06, Nr. 2228.
[175]) J.W. 1911, S. 152.

Fuhrknechts überzeugen; doch braucht er die dazu nötige Erprobung nicht unbedingt selbst anzustellen, sondern kann sich auf das sachkundige Zeugnis Dritter verlassen.[176]) Will der Geschäftsherr den Angestellten zu bisher noch nicht ausgeübter Tätigkeit verwenden, so muss er besondere Vorsicht walten lassen; soll z. B. dem Dienstherrn ein Angestellter als Radfahrer dienen, so genügt es nicht, dass er sich über ihn, der früher Ausläufer war, bei seinem früheren Dienstherrn erkundigt, sondern er muss sich auch besonders vergewissern, ob er die nötigen Charaktereigenschaften, namentlich Verantwortlichkeitsgefühl, besitzt.[177])

Noch höhere Anforderungen sind an die Prüfung eines Kraftwagenführers vor seiner endgültigen Anstellung zu erheben. Zunächst muss er technisch vollkommen ausgebildet, mit Führung und Handhabung des Fahrzeugs ganz vertraut sein. Dies bezeugt ihm ja die bestandene Führerprüfung und das daraufhin ausgestellte Zeugnis; doch reicht der Besitz der technischen Kenntnisse noch nicht aus, um den Chauffeur deshalb schon als solchen geeignet erscheinen zu lassen. Vor allem muss er die für den Verkehr mit Kraftfahrzeugen erlassenen Bestimmungen beherrschen; nach dem Urteil des Reichsgerichts vom 6. Februar 1908[178]) muss auch geprüft werden, ob dem Chauffeur die polizeilichen Vorschriften des zu durchfahrenden Landes bekannt sind. Wie von einem Kutscher, der ein Gefährt in den verkehrsreichen Strassen einer Grossstadt zu lenken berufen ist, ein Mehr von Geschicklichkeit, Besonnenheit und Geistesgegenwart erfordert werden muss als von einem Wagenführer in einem ländlichen oder kleinstädtischen Bezirke, ebenso muss in erhöhtem Grade die Sorgfalt des Geschäftsherrn sich auch auf die persönlichen Eigenschaften des anzustellenden Kraftwagenführers richten. Zu ihnen gehört

---

[176]) R.G. in Warn.Rspr. 1912 Nr. 388.

[177]) R.G. in Warn.Rspr. 1911 Nr. 32 = in Rundschau, Sammlung gerichtl. Entsch. aus dem Bez. d. O.L.G. Frankfurt 45, S. 2.

[178]) Bl. f. R.A. Bd. 73 S. 502 ff., Warn.Rspr. 08 Nr. 310.

vor allen Dingen Kaltblütigkeit und Fähigkeit zu raschem Entschluss, Charakterstärke und ein Bewusstsein der Verantwortlichkeit. Er muss den ernsten, aus der Achtung vor der öffentlichen Ordnung entspringenden Willen haben, jede Gefährdung anderer Personen zu vermeiden. Es gehört eine Charakterfestigkeit dazu, die Fähigkeit des Automobils, mit grosser Schnelligkeit bewegt zu werden, nicht zu missbrauchen. Der an sich natürlichen Lust gerade solcher Wagenführer, die der Maschine in technischer Hinsicht vollständig Meister sind, die mechanische Kraft eines solchen Gefährtes auch spielen zu lassen, und der Neigung vieler Führer, sich über bestehende polizeiliche Vorschriften hinwegzusetzen und die Sicherheit des Strassenpublikums niedriger zu stellen als die Lust an der Schnelligkeit ihres Wagens, ist entschieden entgegenzutreten. Aus diesem Grunde muss ein besonders hoher Grad von Vorsicht bei der Anstellung eines Kraftwagenführers vom Geschäftsherrn gefordert werden; auf dessen moralische Eigenschaften hat er ganz besonderen Wert zu legen.[179]) Eine diesbezügliche Prüfung darf aber wiederum nicht überspannt werden, sondern sich nur auf die gerade für die Führung des Wagens in Frage kommenden Eigenschaften beziehen, z. B. ist einem Chauffeur nicht deshalb schon die Anstellung zu versagen, weil er aus seiner vorigen Stellung deshalb entlassen worden ist, weil er sich der Hausordnung nicht gefügt hat.[180]) Dies Vorkommnis steht mit der Führung eines Kraftwagens in keinem inneren Zusammenhange; wollte man es berücksichtigen, so würden daraus für einen Anstellung suchenden Chauffeur unerträgliche Härten entstehen.

Der Nachweis einer Strassenbahn-Gesellschaft, die erforderliche Sorgfalt bei der Auswahl des Führers des Strassenbahnwagens sei angewendet, ist durch Berufung auf die 10tägige Probezeit des Wagenführers und die von diesem mit dem

---

[179]) J.W. 04, 288; 06, 681; 08, 405; 1910., 105; Warn. 1911 Nr. 30; J.W. 1911, 40; J.W. 1912; 385.

[180]) Vgl. O.L.G. Karlsruhe Bad. Rechtspr. 1907, S. 197.

Prädikat „gut" bestandene Führerprüfung nicht als geführt zu erachten, denn dieser Beweisantritt ist nur geeignet, die technische Qualifikation des Wagenführers, seine Gewandtheit darzutun, nicht seine persönliche Gewissenhaftigkeit und Zuverlässigkeit.[181])

Nicht nur bei Führern von Fahrzeugen, sondern auch bei anderen Personen, die unter Umständen den Verkehr gefährden, können, muss der Geschäftsherr eine Prüfung ihrer Charaktereigenschaften vor der Anstellung vornehmen, wenn er alle erforderliche Sorgfalt beobachtet haben will; ein Glaser, der die Glasabdeckung einer Kellerwölbung erneuern soll, muss nicht nur die zur Ausführung von Glaserarbeiten nötigen Kenntnisse, vielmehr auch die erforderliche Umsicht und Zuverlässigkeit besitzen, um ihm die Anwendung der während der Arbeit erforderlichen Sicherungsmassregeln zum Schutze des Verkehrs überlassen zu können.[182]) Einem tüchtigen und zuverlässigen Polier können im Hinblick auf die Dienststellung des Poliers im allgemeinen und die bei einem solchen Angestellten regelmässig vorauszusetzende Sachkunde und Erfahrung die Geschäfte am Bau, z. B. auch die Vorkehrung der erforderlichen Sicherungsmassregeln bei einer Ausschachtung zu selbständiger Ausführung anvertraut werden.[183]) Besonders strenge Anforderungen sind bezüglich der nötigen Umsicht bei Ausführung von Verrichtungen durch jugendliche Personen zu stellen.[184])

Hat ein Geschäftsherr mehrere Personen zu einem Kreise von Verrichtungen bestellt, ohne jeder einzelnen ihre Funktion zuzuweisen und eine genaue Abgrenzung ihrer Tätigkeit vorzunehmen, so geht diese Ungenauigkeit auf Kosten des Geschäftsherrn. Der Geschädigte braucht nur zu beweisen, dass einer der Angestellten den Schaden verursacht hat.[185]) Dem Geschäftsherrn liegt es nun ob, den Täter genau zu bezeichnen und sich

---

[181]) J.W. 1906, S. 377.
[182]) J.W. 1913, S. 864.
[183]) J.W. 1910, S. 111.
[184]) J.W. 1907, S. 16; Recht 1908, S. 266, S. 519.
[185]) R.G. 70, 379, vgl. auch J.W. 1914, S. 36.

durch den Nachweis sorgfältiger Auswahl zu entlasten; ist es ihm nicht möglich, die bestimmte Person anzugeben, auf die der Schaden zurückzuführen ist, so steht es ihm doch offen, den Exkulpationsbeweis bezüglich aller Angestellten zu führen, aus deren Mitte die schädigende Handlung kam.[186]) Waren mehrere Hilfspersonen an dem schädigenden Vorgang beteiligt, so ist selbstverständlich der Entlastungsbeweis auf alle Beteiligten gleichmässig zu erstrecken. Unter Umständen kann jedoch auch hier eine Aenderung der Beweisführung sich ergeben, z. B. ein Handwerker bestellt einen Gesellen und einen Lehrling zu einer Verrichtung. Sollte der Lehrling, was nach der Natur seiner Stellung als Lehrling allgemein kaum anzunehmen ist, eine Tätigkeit ausübten, die selbständig zur Ausführung der Verrichtung beiträgt, und demgemäss als vollwertiger Arbeiter anzusehen sein, so müsste der Handwerker für beide den Sorgfaltsbeweis erbringen. Hat aber der Lehrling bei seiner Hilfsleistung und Handreichung den Anweisungen des Gesellen Folge zu leisten, so ist letzterer als zur Verrichtung allein bestellt anzusehen, und nur auf seine, bei der Auswahl geprüfte Zuverlässigkeit erstreckt sich die Exkulpation.[187])

Damit kommen wir zu den Fällen, wo zwar eine Mehrheit von bestellten Personen vorliegt, aber so, dass eine der anderen unterstellt ist, d. h. ein höherer Angestellter wiederum einen anderen zu einer Verrichtung bestellt. Dass die Auswahl der Angestellten nicht unbedingt vom Geschäftsherrn selbst oder seinem gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden muss, vielmehr durch eine Zwischenperson erfolgen kann, hat das Reichsgericht öfters ausgesprochen.[188]) Oertmann[189]) klassifiziert diese Art Fälle noch: bestellt die Hilfsperson noch eine zweite Person in ihrem eigenen Interesse, so geht das den Geschäftsherrn, der die Hilfsperson angestellt hat, nichts an, wohl

---

[186]) J.W. 1906 S. 196; J.W. 1909 S. 277; Warn. 1909 Nr. 507.

[187]) R.G. Rhein. Arch. Bd. 102. II, S. 10; vgl. Dieffenbachs Ztschr. f. Deutsch. bürgerl. Recht und franz. Civilrecht Bd. 36 S. 651.

[188]) R.G. 55, S. 171; Warn. 1908, 475; J.W. 1912, S. 240.

[189]) Note 2b zu § 831.

aber wenn die zweite Bestellung in dessen Interesse lag, sodass auch der zweite Bestellte als vom Geschäftsherrn bestellt erscheint. Oertmann meint wahrscheinlich, der Vertreter überschreite mit der Anstellung eines Gehilfen in eigenem Interesse die Grenzen der ihm zustehenden Vertretungsmacht[190]) und der Geschäftsherr entlaste sich durch den Nachweis, der vom Vertreter ohne Vertretungsmacht Angestellte sei nicht s e i n Verrichtungsgehilfe, sondern des falsus procurator. Insofern als diesem Beweis die Entlastung, die Ueberschreitung der Auftragsgrenzen habe der Hilfsperson bei Anwendung der Sorgfalt nicht zugetraut werden können, vorangegangen ist, ist der Ansicht Oertmanns beizustimmen. Allgemein liegt der Fall so, dass Gründe irgendwelcher Art, wie Umfang eines grossen industriellen Unternehmens oder einer sonstigen grossen Verwaltung oder andere persönlichen Hindernisse, wie Alter, Krankheit, Abwesenheit, dem Geschäftsherrn die Auswahltätigkeit hinsichtlich der niederen Angestellten unmöglich machen, und diese einem Angestellten höherer Ordnung übertragen werden muss; dann hat sich der Nachweis gehörig geübter Sorgfalt auf diese letztere Person zu richten.[191]) Liegt tatsächlich ein Verschulden des Geschäftsherrn bei der Auswahl des höheren Angestellten vor, das ihm die Führung des Exkulpationsbeweises in bezug auf diese Person unmöglich macht, so steht ihm doch die Entlastung durch den Nachweis der Zuverlässigkeit des von diesem angestellten niederen Arbeiters offen.

Ueberträgt der Geschäftsherr einem anderen die Verpflichtung, Hilfspersonen anzustellen und eventuell diese zu beaufsichtigen, durch Vertrag (§ 831 Abs. 2), so wird von ihm gefordert, bei Auswahl dieser Person zu prüfen, ob diese die zur Auswahl der Arbeiter, zur Beurteilung ihrer Fähigkeiten und Charaktereigenschaften nötige Gewissenhaftigkeit besitzt.[192])

---

[190]) § 164 B.G.B.

[191]) R.G. 78 S. 107; Recht 1911, Nr. 2562; Recht 1912, S. 422; J.W. 412, 240; J.W. 1913; S. 919; Geigel in Ztschr. f. Rechtspfl. in Bayern S. 323.

[192]) O.L.G. Stuttgart in Württemberg. Jahrb. Bd. 16. S. 14.

Der Geschäftsherr haftet solange, bis er die Beachtung dieser Sorgfalt nachweist, denn auch der Vertreter nach Abs. 2 ist eine zu einer Verrichtung bestellte Person.[193]) So ist es möglich, dass dem Geschädigten 3 Personen haften: der Angestellte, der den Schaden schuldhaft zugefügt hat aus § 823 und der Vertreter des Abs. 2 und der Geschäftsherr. Sie haften alle als Gesamtschuldner, im Verhältnis zu einander, was freilich selten praktisch werden wird, der Angestellte allein nach § 840, Abs. 2[194]). Der Ausgleich der Haftpflicht zwischen Geschäftsherrn und Vertreter bestimmt sich nach dem zu Grunde liegenden Vertrag.[195]) Dieser Vertrag muss ein gültiges Rechtsgeschäft sein;[196]) um daran keinen Zweifel aufkommen zu lassen, sind die Worte „durch Vertrag" von der Reichstagskommission eingefügt worden.[197]) Dieses Erfordernisses wegen, dass bei dem der Bestellung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft nicht gegeben ist[198]), erfüllt die Geschäftsführung ohne Auftrag[199]) den Tatbestand nicht, deshalb ist unbeschränkte Geschäftsfähigkeit beider Parteien notwendig. Das Rechtsgeschäft braucht nicht mit dem Geschäftsherrn selbst abgeschlossen zu sein.[200])

Wenn es sich um einfache Verrichtungen handelt, genügt der Geschäftsherr für gewöhnlich seiner Beweispflicht durch den Nachweis bei der Anstellung geübter Sorgfalt. Liegt aber in den Fällen, in denen eine einmalige Anstellung zur Vornahme wiederkehrender Handlungen, z. B. auf Grund eines Dienstvertrages erfolgt, zwischen der Einstellung in den Dienst und

[193]) Vgl. Oertm. Note 4 zu § 831; vgl. Gruch. 55, 970.

[194]) Durch die nach § 831 eintretende Schadenersatzpflicht des Geschäftsherrn und der ihm nach Abs. 2 gleichgestellten Personen wird die Schadensersatzpflicht des Täters nicht berührt; § 831 tritt neben § 823, aber alternativ, nicht subsidär vgl. Anm. 34 der Arbeit.

[195]) vgl. R.G. Komm. Nr. 9 zu § 831.

[196]) Der Beweis hierfür lastet auf dem Kläger, vgl. Planck Note 6.

[197]) s. Komm. Ber. S. 108, 109; Mugdan S. 1300.

[198]) vgl. S. 24 der Arbeit.

[199]) § 677 ff.B.G.B.

[200]) vgl. R.G. Komm. Note 9 zu § 831, Planck, Note 6 gegen Staudinger Bem. 2 b.

der Verrichtung, in deren Ausführung der Schaden zugefügt wurde, eine gewisse Zeit, sodass die Möglichkeit nahe liegt, dass die Fähigkeiten des Angestellten sich verändert haben,[201]) so muss sich der Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn auf die Zeit der Bestellung zur konkreten Verrichtung erstrecken.[202]) Um diesen Beweis für einen grösseren Betrieb führen zu können, muss der Geschäftsherr das Vorhandensein einer Organisation dartun, die ihn über die allgemeine Dienstführung seiner Angestellten laufend orientiert und ein Nachlassen derselben in technischen und moralischen Eigenschaften sofort zutage treten lässt.[203])

Es müssen solche Einrichtungen und Anordnungen bestehen, nach denen höhere Angestellte in ihrem zugewiesenen Wirkungskreis die niederen Hilfspersonen zu beobachten und zu kontrollieren haben. Denn erst dadurch werden diese letzteren, die sonst nach eigenem Willen schalten und walten könnten und ihrem eigenen Tun überlassen wären, zu sorgfältigen Angestellten, dass sie an die Betriebseinrichtungen des Geschäftsherrn gebunden sind und die zur Betriebsführung erlassenen Anordnungen zu befolgen haben. Selbstverständlich kann nicht j e d e einzelne Dienstführung überwacht werden, andererseits kann keine Aufsicht stattfinden, ohne dass die Dienstführung der Untergebenen in Einzelheiten ins Auge gefasst und nachgeprüft werde;[204]) diesbezügliche Anordnungen zu treffen ist regelmässig die eigene Aufgabe des Geschäftsherrn, und insoweit diese in Frage kommen, muss der Geschäftsherr den Sorgfaltsbeweis mithin für seine eigene Tätigkeit führen

[201]) ohne dass gerade, wie der R.G.Komm. (Note 5 b zu § 831) meint, Bedenken wegen seiner Tauglichkeit sich ergeben haben müssen.

[202]) J.W. 1905. S. 340; Recht 1907 Nr. 287; O.L.G. Karlsruhe i. Bad. Rechtspraxis 1907, S. 75; J.W. 1908, S. 402; J.W. 1912, S. 240 = R.G. 78, S. 107; J.W. 1912 S. 638 = R.G. 79, S. 101; Eisenbahn-Entscheidung 28, 144, J.W. 1912 S. 194; J.W. 1913, S. 864 und S. 923.

[203]) J.W. 1912, S. 240; Warn. 1910 Nr. 443 und J.W. 1912, 388.

[204]) J.W. 1913, S. 923; den Fall, dass es einer Nachprüfung nicht bedarf, vgl. R.G. IV/382/1913.

und kann sich nicht mit dem Nachweis der sorgfältigen Auswahl der Aufsichtsbeamten schützen, die doch nur die von ihm geschaffenen Aufsichtseinrichtungen durchzuführen, seine Aufsichtsanweisungen zu befolgen haben.[205])

§ 7a.

Der Entlastungsbeweis auf Grund sorgfältiger Beschaffung von Vorrichtungen und Gerätschaften.

Neben der Sorgfalt bei der Auswahl der Hilfspersonen hat der Geschäftsherr auch die Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei Beschaffung von Vorrichtungen und Gerätschaften und bei Leitung der Ausführung der Verrichtungen darzutun, sofern er hierzu verpflichtet war. Der Beweis, dass ihm eine solche Verpflichtung oblag, trifft den Verletzten;[206]) er muss den Beweis aus den Verhältnissen des einzelnen Falles führen. Erst wenn dieser Beweis erbracht ist, braucht der Geschäftsherr nachzuweisen, dass er auch in dieser Richtung der von ihm geforderten Sorgfalt gerecht geworden ist. Die Begriffe Vorrichtungen und Gerätschaften sind bezüglich Um-

[205]) J.W. 1912 S. 240. — Der Entlastungsbeweis, dass der Angestellte auch zur Zeit der Bestellung zur bestimmten Verrichtung ohne Verschulden in der Sorgfalt ausgewählt war, kann auch dem Staat nicht mit Rücksicht auf dessen Gebundenheit an die einmal angestellten Beamten erlassen werden. Wenn auch der Staat seine Beamten und das Reich die Reichsbeamten nicht schlechthin, sondern nur nach Massgabe der gesetzlichen Disziplinarbestimmungen entlassen kann (vgl. §§ 10, 73 ff. Reichsbeamtengesetz), so kann er es doch zuerst damit versuchen, den nachlässigen Beamten zur Pflicht anzuhalten, ihn unter strenge Aufsicht zu stellen oder anderweitig zu verwenden (vgl. J.W. 1912 S. 638). Das Erfordernis, die Angestellten wegen vorgekommener Ordnungswidrigkeiten zu entlassen, um der Sorgfaltspflicht zu genügen, würde auch in privaten Betrieben undurchführbar sein (J.W. 1912 S. 240). Jedenfalls aber muss der Entlastungsbeweis den Zeitpunkt der konkre en Verrichtung mit umfassen.

[206]) J.W. 1903 Beilage Nr. 35; R.G. 53, S. 56, S. 125.

fang und gegenseitiger Abgrenzung vom Gesetzgeber nicht genau definiert. Unter Vorrichtungen kann man die Vorbereitung der Arbeitsstätte verstehen.[207]) Zu den Gerätschaften sind alle Arbeitsmittel zu zählen, deren die Hilfsperson zur Ausführung der Verrichtung bedarf: Werkzeuge, Maschinen, die Laternen eines Wagens[208]), der erforderliche zweite Scheinwerfer eines Kraftfahrzeugs[209]), die Schutzvorrichtung eines Automobils[210]), die Bremsen eines Eisenbahnwagens.[211])

Den Entlastungsbeweis kann der Geschäftsherr dahin führen, dass er die Arbeitsmittel berechtigterweise als tauglich ansehen durfte.[212]) Der Nachweis der objektiven Tauglichkeit wäre geeignet, die Haftung deswegen auszuschliessen, weil die Gerätschaften für den Schaden nicht ursächlich geworden sind. Der Geschäftsherr, der die Gerätschaften zu beschaffen hat, braucht nicht notwendig selbst in jedem einzelnen Falle aus den vorhandenen Stücken das entsprechende auszuwählen und dem Angestellten zuzuweisen, er kann vielmehr nach Umständen die Zuweisung durch allgemeine Anweisungen regeln oder dem pflichtgemässen Ermessen eines sachkundigen Betriebsführers, z. B. einem Polier, überlassen.[213])

§ 7b.

Der Entlastungsbeweis auf Grund sorgfältiger Leitung der Verrichtung.

Die Pflicht des Geschäftsherrn, die Ausführung der Verrichtung zu leiten, ist nicht immer gegeben. Sie bestimmt sich

---

[207]) R.G. Komm. Note 6 zu § 831.

[208]) O.L.G. Posen, O.L.G. 4, 57.

[209]) O.L.G. Stuttgart, Recht 1911 Nr. 734.

[210]) Recht 1908, 662.

[211]) Warn. 1909, Nr. 507.

[212]) Im obigen Falle Recht 08, 662 war die Schutzvorrichtung eines Automobils von einem amtlichen Sachverständigen geprüft worden.

[213]) R.G. 53 S. 124; vgl. J.W. 1903 Beil. Nr. 35.

nach Gewohnheit und Verkehrssitte, nach der Art der Verrichtung und aus dem Verhältnis des Geschäftsherrn zum Angestellten.[214]) Die gleichen Gesichtspunkte regeln auch, ob und inwieweit der Geschäftsherr die Leitung, wenn sie ihm obliegt, persönlich ausüben muss oder einem geeigneten Vertreter überlassen kann.[215]) Auch für diesen muss er, um sich von der Ersatzpflicht zu befreien, den Beweis sorgfältiger Auswahl bringen, allgemein gegebene Anweisungen des Geschäftsherrn wie „für alles Nötige zu sorgen" genügen auch hier nicht.[216])

§ 831 setzt keine allgemeine Aufsichtspflicht z. B. eines ganzen Betriebes fest[217]), wie sie aus § 823 begründet wird. Doch oft ist es schwer, die Abgrenzung der Leitungspflicht der einzelnen Verrichtungen gegenüber der allgemeinen Kontrollpflicht[218]) zu bestimmen. Sie gehen in vielen Fällen in einander über, wie auch die Rechtsprechung zeigt. § 831 ist nichts anderes als ein auf bestimmte Anstellungsverhältnisse angewandter § 823, freilich mit veränderter Beweislast. Ob eine Verletzung der Leistungspflicht aus § 831 oder der Aufsichtspflicht aus § 823 begründet wird, ist für beide Parteien insofern gleichgültig, als die Verletzung immer der Kläger zu beweisen hat[219]), und meist deckt sich der gemäss § 831 Abs. 1 Satz 2 zu führende Sorgfaltsbeweis mit dem Gegenbeweis, der gegenüber einem nachgewiesenen, die Ersatzpflicht aus § 823 begründenden Tatbestand zu erbringen ist.[220])

[214]) R.G. 53, S. 56; J.W. 1902 Beil. Nr. 20 S. 256; Recht 08, 620; J.W. 1910, S. 11; J.W. 1911, S. 402; Warn. Rspr. 1911 Nr. 240; J.W. 1913, S. 203.

[215]) R.G. 53, S. 56 u. S. 125; J.W. 1906 S. 113; eine Ueberwachung jedes einzelnen Arbeiters bei jeder vorkommenden Verrichtung kann wiederum nicht gefordert werden; J.W. 1902 Beil. Nr. 170.

[216]) Recht, 07 Nr. 182.

[217]) Das ergibt sich aus der nur hypothetischen Leitungspflicht des Geschäftsherrn. Vgl. R.G. 53, 281 J.W. 03 Beil. 9, 118; Recht 04, 193; 05, 134.

[218]) s. S. 45 der Arbeit.

[219]) vgl. J.W. 1913 S. 923.

[220]) J.W. 1913 S. 864, s. aber J.W. 1914, 243.

Das Mass der Aufsicht richtet sich nach den konkreten Umständen.[221]) Bei einfachen Verrichtungen mit naheliegenden Maassregeln ist unmittelbare Aufsicht nicht zu fordern.[222]) Auf Einrichtungen und Massnahmen, deren Prüfung und Beurteilung rein sachliche Kenntnisse und Fertigkeiten voraussetzen, kann sich die Aufsichtspflicht nicht erstrecken.[223]) Sicher greift die Vorschrift des § 823 Platz, wenn es sich garnicht um eine Aufsichtsführung handelt, sondern wenn der Bestellte nur Werkzeug des Geschäftsherrn ist und die schädigende Handlung in der Willensrichtung des Geschäftsherrn liegt.[224])

Dem mitfahrenden Besitzer ist es als eine schuldhafte Verletzung seiner Aufsichtspflicht anzurechnen, wenn er seinem Chauffeur nicht Anweisung gibt, mit geringerer Geschwindigkeit zu fahren, sobald er bemerkt oder nach Massgabe des eingenommenen Platzes hätte wahrnehmen müssen[225]), dass durch die Art und Weise des Fahrens Gefahr für Dritte entsteht. Ein Grundstücksbesitzer, der an seinem Hause eine Ausbesserung durch Angestellte vornehmen lässt, ist verpflichtet, diese zu leiten und besondere Anweisungen zu geben, den Verkehr sichernde Vorkehrungen zu treffen.[226]) Bei der grossen Bedeutung eines Eisenbahndammes für die Verkehrssicherheit wurde die Pflicht des Geschäftsherrn, für die gefahrlose Durchführung des übertragenen Werkes selbst zu sorgen, bejaht und der Besteller für das Rutschen des Dammes nach § 823 haftbar gemacht.[227])

---

[221]) J.W. 1909, S. 659; 1912, S. 1110.

[222]) J.W. 1913, S. 24.

[223]) J.W. 1912, S. 338; weitere Grenzen der Aufsichtspflicht R.G. 53, S. 53, S. 281; J.W. 1910, S. 11; 1912 S. 849; R.G. IV/382. 1913.

[224]) Gruch. 56, 790; J.W. 1913, S. 35.

[225]) J.W. 1905 S.287; 08 S. 405; 1911 S. 41, 1914, 192; dagegensprechende Gründe siehe J.W. 1913 S. 152.

[226]) J.W. 1910 S. 864; vgl. R.G. 53 S. 57; Recht 1905, 1855; Recht 1911, 3315.

[227]) Recht 1909, 1878; L.Z. 6, S. 76.

§ 8.

Entlastungsbeweis auf Grund mangelnden Kausalzusammenhangs.

a) Kausalzusammenhang.

Der Schlusssatz des ersten Absatzes des § 831 sagt, dass die Ersatzpflicht des Geschäftsherrn auch dann nicht eintreten soll, wenn der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt entstanden sein würde. Die Haftung entfällt also, wenn der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verschulden des Geschäftsherrn und dem eingetretenen Schaden fehlt [228]). Es scheint geboten, auf die Lehre vom Kausalzusammenhange einzugehen.

Unabhängig vom philosophischen ist das juristische Kausalproblem; es verfolgt lediglich praktische Zwecke, die Auslegung der vom Gesetzgeber gebrauchten Ausdrücke „verursachen" und anderer, und wird mithin für den Juristen zur Auslegungsfrage [229]), daher ist es gleichgültig ob der juristische Kausalbegriff von dem philosophischen abweicht [230]). Das eigenartig Juristische liegt in der Problemstellung, welche kausale Beziehung zwischen einer Handlung und einem rechtlich relevanten Erfolge vorliegen muss, um die Rechtsfolgen (insbes. Strafe, im Zivilrecht Schadenersatz) zu begründen.

Die reine Bedingungstheorie geht davon aus, dass eine Veränderung der Aussenwelt immer auf mindestens einer vorhergehenden anderen beruht, und mithin die Ursache einer Veränderung die Gesamtheit der Faktoren oder Bedingungen ist, die zum Eintreten dieser Veränderung erforderlich waren. [231])

[228]) Von der Voraussetzung der ursächlichen Beziehung zwischen der widerrechtlichen Handlung und dem Schaden wird hier abgesehen.

[229]) Rumpf, M. in Iher. Jahrb. 49 S. 365.

[230]) R. Bierling. jur. Prinzipienlehre, III. Bd. 1905 S. 37; anderer, aber ziemlich alleinstehender Ansicht Kuhlenbeck in Staud. II, I, S. 47 ff.

[231]) vgl. John Stuart Mill, Bd. 2, S. 21.

Damit ist jede einzelne Bedingung als Ursache i. e. S. zu bezeichnen.[232]) Ursache oder Bedingung [233]) ist „jeder Umstand, der nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Eintritt des Erfolges, so wie er tatsächlich eingetreten ist, entfallen müsste[234]), wobei straf- bez. zivilrechtliche gleichgültige Nebenumstände ausser Betracht bleiben."[235]) Danach setzt die Theorie der conditio sine qua non alle Bedingungen, von denen der juristisch bedeutsame Erfolg abhängt, als vollkommen gleichwertig ein und gibt den denkbar weitesten Ursachenbegriff des Rechts. Jm allgemeinen wird die Bedingungstheorie eingeschränkt durch das Erfordernis des subjektiven Verschuldens, aber in den Fällen,[236]) wo eine blosse Gefährdungshaftung statuiert wird, sodass das Korrektiv des Verschuldens nicht platzgreifen kann, führt die Bedingungstheorie zu unhaltbaren Folgerungen[237]). Man suchte daher nach Gesichtspunkten, die der rechtlichen Kausalfrage, deren Zweck es ist, jene zu weitgehende Haftung zu umgrenzen, zu Grunde zu legen sind, ohne das Verschul-

[232]) Der eigentliche Begründer der Bedingungstheorie v. Buri (Vorläufer waren Köstlin, Berner und Hälschner) sagt auf S. 1 der Schrift Über Kausalität und deren Verwertung: „Die Summe der Kräfte, welche für die Entstehung der Erscheinung irgendeine Wirksamkeit geäussert haben, ist als Ursache der Erscheinung anzusehen. Mit demselben Rechte lässt sich aber auch jede einzelne dieser Kräfte für sich schon als die Ursache der Erscheinung betrachten, denn die Existenz derselben hängt so sehr von jeder einzelnen Kraft ab, dass, wenn man aus dem Kausalzusammenhange auch nur eine einzige Einzelkraft ausscheidet, die Erscheinung selbst zusammenfällt."

[233]) Träger, S. 30, begründet die Berechtigung, Ursache und Bedingung gleichzusetzen: „Ob jemand die äquivalente Bedingung zu einem Erfolg setzt oder nur eine Auslösung der treibenden Kräfte vollzieht, ist in juristischer Hinsicht völlig gleichwertig."

[234]) Theorie der „condicio sine qua non" in Liszt, Lehrbuch des Strafrechts S. 130.

[235]) Gegen die Unterscheidung zwischen rechtlich relevanten und irrelevanten Bedingungen wendet sich Thyren Abhandlungen Bd. I, S. 26 ff; rechtfertigend Träger S. 50, 55.

[236]) s. S. 2 der Arbeit.

[237]) Träger S. 74.

dungsprinzip als begrenzende Bedingung heranzuziehen. Die Gleichwertigkeit der Bedingungen in der Theorie der conditio sine qua non wurde aufgegeben und den einzelnen Bedingungen ein verschiedener Kausalwert beigemessen [238]). Die eine Reihe der folgenden Theorien geht individualisierend vor, indem sie die Bedeutung einer Bedingung für den vorliegenden individuellen Fall prüft, die andere generalisierend, indem sie den Wert nach allgemeiner Erfahrung bemisst.[239]).

Zur ersten Gruppe ist besonders die Binding'sche Gleichgewichtstheorie zu erwähnen: „Verursachung einer Veränderung ist identisch mit einer Veränderung des Gleichgewichts zwischen den sie abhaltenden und den zu ihr hinwirkenden Bedingungen zugunsten der letzteren“[240]). Diese Theorie, die ein anschauliches, aber in der Praxis kaum verwertbares Bild gibt, ist von verschiedenen Seiten angegriffen worden.[241]). Träger [242]) bezeichnet sie nur als eine andere Fassung der Bedingungstheorie.[243])

Ein Unterscheidungsmerkmal für den verschiedenen Kausalwert sucht Birkmeyer [244]) in seiner Theorie der „wirksamsten Bedingung“, indem er die Bedingung als Ursache bezeichnet, die „mehr als die übrigen Bedingungen“ zur Hervorbringung

[238]) Insofern ist die Bedingungstheorie Ausgangspunkt für alle folgenden Theorien gewesen, als in die Untersuchung der Frage nach dem besonderen Kausalwert einer Bedingung erst eingetreten werden kann, wenn festgestellt ist, dass die untersuchende Bedingung für den rechtlichen Erfolg relevant, also condicio sine qua non ist.

[239]) Unterscheidung nach Träger S. 79.

[240]) Binding. „Die Normen und ihre Uebertretung“ S. 112.

[241]) Thyren, Abhandlungen I. S. 61 ff; Thon, Begriff der Verursachung S. 39.

[242]) a. a. O. S. 81.

[243]) Die aus der Gleichgewichtstheorie abgeleitete Theorie der „letzten Bedingung“ (Ortmann in Goltdammers Arch. f. Str. R. Bd. 23, S. 268, Bd. 24, S. 92, im Gerichtssaal Bd. 26 S. 439, Bd. 27, S. 209, Bd. 28 S. 81) ist haltlos, da die zeitlich letzte Bedingung in den seltensten Fällen die alleinige Ursache i. e. S. ist. Ortmann gibt diese selbst in Goldt. Arch. Bd. 24 zu, sucht aber seine Theorie mit Hilfe von Fiktionen aufrecht zu erhalten.

[244]) Birkmeyer, Gerichtssaal, Bd. 37 S. 272.

des Erfolges beigetragen hat. Wie aber das „Mehr," das zahlenmässige Verhältnis [245]) der Bedingungen zu einander ermittelt werden soll — etwa nach Energiegrössen [246]) — sagt Birkmeyer nicht. Nach seiner Meinung würde auch der Täter straflos ausgehen, der selbst zwar nicht die wirksamste Bedingung setzt, sondern einen Auslösungsakt bestehender, wirksamer Bedingungen vollzieht, der eine minimale Arbeitsleistung darstellt, — ein unannehmbares Ergebnis.

Die von Kohler aufgestellte Theorie der „existenzerregenden Bedingung" [247]), die einen qualitativen Unterschied des Kausalwertes konstruiert, hat in der Literatur wenig Beachtung gefunden [248]). Nach Träger [249]) führt sie zu dem Schlusse, dass das Objekt, gegen das sich eine rechtsverletzende Handlung richtet, vornehmlich die „existenzerregende Bedingung ist, die die Art des Werdens entscheidet"; ausserdem lasse sie sich mit dem Schuldprinzip nicht in Einklang bringen [250]).

Die generalisierenden Theorien prüfen nicht den Kausalwert der einzelnen Bedingung für den konkreten Fall, sondern beurteilen ihn auf seine generelle Bedeutung hin, d. h. nach diesen Theorien der sog. adäquaten Verursachung muss der Bedingung (im Sinne der blossen conditio sine qua non) eine generelle Tendenz zur Herbeiführung eines Erfolges [251]) der Art, wie sie der tatsächlich eingetretene Erfolg dargestellt, innewohnen.

---

[245]) das er selbst anwendet, z. B. derselbe, Die Lehre von der Teilnahme S. 102.

[246]) Diesen Vorschlag macht ihm Träger S. 89.

[247]) Studien aus dem Strafrecht Bd. I S. 83 ff.

[248]) was er selbst zugibt in seinem Aufsatz „Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkungen" in der Zeitschrift f. deutsch. Zivilprozesse Bd. 29 S. 9 Anm. 11.

[249]) S. 99.

[250]) Träger S. 96.

[251]) Erfolg ist alles, was nicht Willensbestätigung, Körperbewegung ist, aber aus ihr resultiert, d. h. mit ihr kausal verknüpft ist.

Begründer[252]) dieser Theorie ist v. Kries[253]), er sagt: es ist erforderlich, dass das rechtswidrige Verhalten mit dem verursachten Erfolg in einem generellen Zusammenhange stehe, dass es gemäss den allgemeinen Verhältnissen der menschlichen Gesellschaft geeignet sei, derartige Verletzungen herbeizuführen.[254]) Der Kernpunkt dieser Theorie liegt in der Generalisierung der Bedingungen; dann hat v. Kries — darin liegt der Fortschritt gegenüber v. Bar — eine schärfere Trennung von Schuld und Ursache vorgenommen.[255]) Freilich dadurch, dass er die Generalisierung nicht rein objektiv, sondern vom Standpunkte des Täters[256]) — subjektive Theorie der adäquaten Verursachung — vornimmt, gelangt er wieder zur Vermischung der Kausal- und Schuldfrage.[257]) Die objektiv-adäquate Verursachungstheorie ist von Rümelin aufgestellt worden[258]) d. h. er setzt nicht nur diejenigen Bedingungen, die dem Täter bekannt oder für ihn erkennbar waren, — ex ante, subjektiver Standpunkt v. Kries — voraus, sondern alle z. Z. der Handlung vorliegenden irgendwie erkennbaren Bedingungen, auch soweit sie später bekannt ge-

[252]) Auch die Auffassung v. Bar's, verallgemeinert schon. Nach ihm. I. S. 11, ist der Mensch, der die Bedingung setzt, die den als regelmässig gedachten Verlauf der Erscheinung anders gestaltet (= regelwidrig macht), die Ursache der Erscheinung im rechtlichen Sinne. v. Bar, verquickt aber vollkommen Schuld und Ursache, indem er die Frage nach der Ursache identifiziert mit der Frage, ob jemand die „diligentia eines bonus pater familias beobachtet hat."

[253]) v. Kries „Ueber den Begriff der objektiven Unmöglichkeit" in Viertelj. f. Wissensch. Philosophie Bd. 12 S. 179 ff.

[254]) v. Kries verweist (S. 226) auf das positive Strafrecht, wo die Verursachung des Todes z. B. als erschwerender Umstand bei Körperverletzung, Vergiftung, Aussetzung und Brandstiftung erscheint, also bei lauter Delikten, die generaliter eine gewisse Möglichkeit einer Tötung darstellen, die den Tod adäquat verursachen können.

[255]) a. a. O. S. 222.

[256]) S. 228 ff.

[257]) wenngleich er nicht beide Begriffe identifiziert, wie v. Bar, die „Schuld nach dem Strafgesetze" 1907 S. 181 behauptet. (Träger S. 134 ff., Radbruch S. 31 ff.)

[258]) Rümelin M. „Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht."

worden sind.[259]) Mit dieser weiten Fassung des Ursachbegriffs nähert sich Rümelin wieder der reinen Bedingungstheorie.[260]) Rümelin ist sich auch der Notwendigkeit der Einschränkung bewusst und lässt daher eine sogenannte Billigkeitsmodifikation platzgreifen,[261]) einmal, wenn die Beziehung zwischen Handlung und Erfolg „lediglich räumlich und zeitlich" sei, dann „soll bei Anlegung des Masstabs der nachträglich objektiven Prognose nicht mit blossen z. Z. der Tat vorliegenden Entschlüssen anderer Menschen gerechnet werden, sofern sie nicht vom Täter mit in die Berechnung gezogen waren oder hätten gezogen werden sollen". Also positiv ausgedrückt, die Berechnung, die der Täter hätte anstellen sollen, soll bei Untersuchung des Kausalwerts einer Bedingung herangezogen werden. Dadurch verlässt Rümelin den Standpunkt der sog. objektiven nachträglichen Prognose und trägt ein subjektives Moment hinein. Doch tritt diese Durchbrechung nur in Ausnahmefällen zutage, für die Regel ist der Standpunkt der objektiven Generalisierung als richtig anzuerkennen.[262])

Das Zivilrecht hat es mit objektiven Begriffen z. B. Fahrlässigkeit zu tun. Die Theorie der adäquaten Verursachung folgt dem Grundsatz, indem sie generalisierend dann eine Bedingung als Ursache bezeichnet, wenn sie auf Grund objektiven Urteils, d. h. nach der Durchschnittsberechnung auf Grund der allgemeinen Erfahrung die Möglichkeit des Erfolgs von der Art des eingetretenen steigerte.

Steht das Wissen des Täters hinter dem allgemeinen Erfahrungswissen zurück — ohne natürlich die Grenze der Unzurechenbarkeit zu erreichen —, so kann das Zivilrecht

---

[259]) Rümelin, a. a. O., S. 217, Standpunkt der „nachträglichen objektiven Prognose", dagegen Radbruch „Die Lehre von der adäquaten Verursachung" S. 42.

[260]) Radbruch, S. 46; Wiechowski S. 13.

[261]) Rümelin, a. a. O. S. 300 ff.

[262]) Zwischen der subjektiven und objektiven Theorie der adäquaten Verursachung stehen andere Vorschläge zur Lösung des Kausalproblems, teils vermittelnd, teils mehr der einen oder andern Richtung sich zuwendend.

diesen Umstand nicht berücksichtigen. Es hat, um die Interessen anderer zu schützen, objektiv zu urteilen. Wie nun, wenn der Täter an Wissen über den allgemeinen Durchschnitt hinausragt? Soll er etwa, weil eben nur der Masstab des Durch-

---

Träger (S. 159 ff.) nennt Ursache „die generell begünstigende Bedingung, die ex ante z. Z., der Handlung vom Standpunkte des einsichtigsten Menschen (Richter) zu beurteilen ist."

Litten, F., Die Ersatzpflicht des Tierhalters S. 105 ff. schliesst sich in der Generalisierung der Rümelin'schen Theorie an, verwirft aber dessen Billigkeitsmodifikation und nimmt die erforderliche Einschränkung vor, indem er einem Normalmenschen im Augenblicke des Anfangserfolgs (ex ante) die Möglichkeit der aus dem Anfangserfolg sich ergebenden weiteren Wirkungen einschliesslich des Enderfolges beurteilen lässt, „unter Berücksichtigung der Besonderheiten des physischen und wirtschaftlichen Organismus des Verletzten". Diese letzte Einschränkung macht aber jede Generalisierung im Sinne einer adäquaten Verursachungstheorie unmöglich (so Kohler in Goltd. Arch. Bd. 51, S. 333, S. 336).

Wiechowski, K. Die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, folgt Rümelin insofern, als er ex post bewertet (S. 15), muss aber wie dieser modifizieren, wenn auch auf andere Weise: er fordert Berücksichtigung aller zur Zeit der Tat vorhandenen Umstände und Bedingungen, auch der nachträglich bekannt gewordenen, aber nur insofern, als sie ex ante allgemein erkennbar oder dem Täter bekannt waren.

Fromherz. Haftpflichtrecht S. 23 (S. 60 der Abhandlung im Arch.-Ziv.Pr. 110. Bd. 1. Heft) steht im wesentlichen auf dem Standpunkte Rümelins, doch vermeidet er dessen Billigkeitsklausel (und den in deren Form liegenden Fehler, subjektive Momente in die Adäquanztheorie hineinzutragen), indem er darauf abstellt, ob die Bedingung „bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vom Standpunkte des einsichtigsten Menschen" als Ursache i. e. S. erkennbar war. Auch diese Fassung ist nicht „rein objektiv", denn Objektivität ist Durchschnittsberechnung, aber der „einsichtigste Mensch" erhebt sich doch wesentlich über den Durchschnitt, und welche Erkenntnisfähigkeiten muss dieser superlative Mensch besitzen, um als Masstab zu gelten?

Ueber die von Hess, Merkel, Ad. Thon, C. Hass, Helmer, Hartmann, Liepmann, von Rohland aufgestellten adäquaten Kausalitätstheorien siehe deren Besprechung bei Träger S. 145—158. Die Ansicht Kuhlenbecks in Staud. II, 1, S. 48 ff. (vgl. auch Kuhlenbeck, L. „Schuldbegriff als Einheit von Wille und Vorstellung") kann nicht herangezogen werden, da seine Forderung, den philosophischen Ursachbegriff zugrunde zu legen, von M. L. Müller im Eingange seiner Schrift „Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs in Straf- und Schadensersatzrecht" angegriffen worden ist.

schnittsmenschen angelegt werden soll, infolge seiner Genialität nicht zu haften brauchen? Darin liegt die Schwierigkeit für die generalisierenden Theorien. Dadurch aber, dass die verschiedenen Sondertheorien der adäquaten Verursachung versuchen, diesen Ausnahmefall zu subsumieren[263]), verstossen sie m. E. gegen den Grundsatz der Objektivität und tragen, weil es gerade auf das persönliche Wissen des Täters ankommt, subjektive Momente hinein. M. E. darf dieser atypische Fall nicht mit in die Generalisierung hineingezogen, sondern muss gesondert bewertet werden.

Das Reichsgericht hat in Zivilsachen[264]) die Theorie der adäquaten Verursachung anerkannt[265]), lehnt aber die Extreme der Theorie ab, z. B. die Berücksichtigung auch der entfernten kausalen Momente, wie sie Rümelin fordert. Nach dem Kommentar von Reichsgerichtsräten[266]) ist eine Bedingung nicht als Ursache anzusehen, wenn „sich der schädliche Erfolg nur wegen Verquickung ganz besonderer Umstände hat einstellen können". Gewisse Umstände sind als besondere zu bezeichnen, wenn „bei Rückschau anzunehmen ist, dass zur Zeit der Tat der Erfolg nach allgemeinem Erfahrungswissen gar nicht zu erwarten oder gar nicht voraussehbar war". Indem also das Reichsgericht rückschauend betrachtet, steht es auf dem Standpunkt der nachträglichen objektiven Prognose, zieht auch die nach der Tat hinzugekommenen Bedingungen in die Betrachtung, doch — modifizierend — nur, soweit sie ex ante „nach allgemeinem Erfahrungswissen" erkennbar

---

[263]) Rümelin, S. 54; Träger S. 161, 163; Radbruch S. 368; Wiechowski S. 15.

[264]) In Strafsachen wendet es die Bedingungstheorie an, die für das Strafrecht ja ausreicht, da hier das Verschuldenserfordernis das Korrektiv bildet.

[265]) R.G. 69, S. 59 „Bezüglich des adäquaten Kausalzusammenhangs sei nur kurz bemerkt, dass die Handlung unzweifelhaft nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Möglichkeit des Eintritts eines Ereignisses der vorliegenden Art generell begünstigte"; s. a. R.G. 72 S. 327; J.W. 1911, 579; 1912, 581.

[266]) Note 3 d. Vorbem. zu § 249. — vgl. auch Grundlach, Über Schadenshaftung in D.J.Z. 1914. S. 476.

waren. Das Reichsgericht nimmt eine doppelte Generalisierung vor, einmal wird, — im Sinne der allgemeinen adäquaten Verursachung — die Bedingung auf die ihr innewohnende, auf einen Erfolg der eingetretenen Art hinzielende generelle Tendenz geprüft, sodann wird objektiv unter Zugrundelegung des allgemeinen, durchschnittlichen Erfahrungswissens untersucht, ob Folgen der eingetretenen Art, wie sie eingetreten sind, voraussehbar waren. Auch der Erfolg wird verallgemeinert; darauf ob der Täter den Erfolg in der Art des tatsächlichen Schadens und in dessen Umfange voraussehen konnte, kommt es nicht an. Es genügt, dass er die Möglichkeit einer Gefahr sich vorstellen konnte.[267]) Deshalb haftet der Täter auch für die mittelbar verursachten Folgen, sofern sein Verhalten das Hinzukommen eines anderen, wenngleich nicht voraussehbaren Ereignisses, das dann unmittelbare Ursache geworden ist, ermöglicht hat.[268]) Doch muss dies hinzukommende Ereignis aus dem Verhalten des Täters hervorgehen, darf nicht einer anderen Kausalreihe angehören[269]), die die erste Kausalreihe schneidet und damit den Kausalzusammenhang unterbricht.[270])

Der Kausalzusammenhang ist unterbrochen, d. h. rechtlich unerheblich, wenn das Bedingungsverhältnis im Sinne der blossen conditio sine qua non vorliegt, ihm aber die Adäquanz d. h. die auf den Erfolg selbständig hinzielende Tendenz fehlt.

b) Entlastungsbeweis aus dem Fehlen des Kausalzusammenhanges.

Der Beweis, dass der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verschulden des Geschäftsherrn und dem eingetretenen Schaden fehlt, hat sich auf bestimmte Tatsachen zu stützen, die auf die Notwendigkeit des Eintritts des Schadens

[267]) J.W. 06, 740; Gruch. 55, 1127; J.W. 09, 358; J.W. 1912, 1110.

[268]) R.G. 50, 222; 69, 344; 75, 19; R.G. Seuff. Arch. 67 Nr. 57; R.G.Warn. 1911, Nr. 363.

[269]) J.W. 10, 650; Warn. 1912, Nr. 244.

[270]) J.W. 1913, 546.

[271]) Recht 1906, 376, J.W. 1907, S. 333.

auch ohne das Zutun des Geschäftsherrn folgerichtig schliessen lassen. Der Beweis, dass der Schaden trotz Sorgfalt möglicherweise sich ereignet hätte, ist deshalb unzureichend.[271]) Die Exkulpation auf Grund mangelnden Kausalzusammenhanges kann der Geschäftsherr auf zweierlei Weise herbeiführen: einmal durch den Nachweis, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er einer anderen zuverlässigeren Person die Verrichtung übertragen und alle tatsächlich nicht geübte Sorgfalt bei der Auswahl und Leitung beobachtet hätte, sodann indem er darlegt, dass die Prüfung der Verhältnisse und das Ergebnis von Ermittelungen, mögen sie auch in Wirklichkeit unterblieben sein, trotzdem berechtigterweise zur Anstellung der Hilfsperson, die den schädlichen Erfolg verursacht hat, geführt haben würde.[272])

Der erste Fall liegt vor, wenn auch ein zu der bestimmten Verrichtung geeigneter, zuverlässiger Mensch ebenso gehandelt hätte wie der allgemein ungeeignete Gehilfe. Der Entlastungsbeweis gilt als erbracht, wenn das Fehlen des Verschuldens seitens der Angestellten erwiesen ist, denn bei Verneinung des Verschuldens seitens des Angestellten ist dargetan, dass der Schaden auch bei Bestellung eines zuverlässigen Menschen eingetreten sein würde, da auch ein solcher nicht anders als geschehen verfahren wäre.[273]) Dafür einen praktischen Fall:[274]) ein Kutscher, der zum Alkoholgenuss neigt, ist zur Zeit des Unfalles nicht betrunken, sondern vollkommen nüchtern, da er an dem fraglichen Tage nachweisbar keinen Alkohol zu sich genommen hat. Die Frage ist: haftet der Geschäftsherr oder nicht? Die Haftung des Geschäftsherrn ist eine solche für eigenes, nicht fremdes Verschulden.[275]) Eigenes Verschulden ist nicht denkbar ohne ursächlichen Zusammenhang zwischen der schuldhaften Handlung oder Unterlassung und dem zum

[272]) Recht 1906, S. 244; O.L.G. Zweibrücken, Z. f. Rpfl. in Bayern 1906, S. 446.

[273]) J.W. 1911, 979; 1913, 23. Vgl. Geigel S. 321.

[274]) D.J.Z. 1910, S. 1294.

[275]) s. S. 13 der Arbeit.

Schadensersatze verpflichtenden Ereignis. Diese Kausalität ist hier vorhanden, insofern der Unfall nicht eingetreten wäre, wenn der Beklagte den Kutscher, nachdem ihm dessen Trunkenheit Anlass zur Klage gegeben, entlassen hätte. Es ist dies jedoch eine rein äusserliche Kausalität. Der innere ursächliche Zusammenhang zwischen dem Unfall und der Unterlassung des Beklagten ist nicht gegeben, denn der Umstand, dass der Kutscher zur Trunkenheit neigt, hätte zwar den Grund zur Entlassung gegeben, und so wäre der durch diesen Angestellten hervorgerufene Unfall vermieden worden. Die im übrigen vorhandene Neigung zum Alkohol für sich allein begründet noch keinen Kausalzusammenhang, wenn sie nicht zum tatsächlichen Alkoholgenuss geführt hat. Deshalb haftet der Geschäftsherr nicht. Es erscheint unbillig eine Haftung des Geschäftsherrn zu statuieren, wenn zwar ein Verschulden seinerseits bei der Auswahl vorliegt, auf diese untüchtige Auswahl aber der Schaden nicht zurückführbar ist. Der Geschäftsherr kann also nicht haften, wenn auch ein abstinenter Kutscher in gleicher Lage ebenso gehandelt hätte. Eine andere, m. E. aber nicht schlüssige Ansicht spricht das Reichsgericht in seinem Urteil vom 25. November 1912[276]) aus: wenn der Angestellte wegen Trunkengeneigtheit ungeeignet ist, so sei es unerheblich, ob er etwa zur Unfallszeit nicht angetrunken gewesen ist. Der Schluss, dass dann sein Hang zum Trinken für den Schaden nicht ursächlich geworden sei, dürfe nicht gezogen werden, weil § 831 Abs. 1 Satz 2 nicht voraussetze, dass der Bestellte den Schaden gerade, infolge der fehlerhaften Eigenschaft verursacht hat, wegen der der Beweis für seine Eignung zur übertragenen Verrichtung nicht erbringlich ist. Diese Begründung steht im Einklange mit anderen Entscheidungen,[277]) die den Entlastungsbeweis auf Grund mangelnder Kausalität nicht durch den Nachweis führen lassen wollen, dass die Schadenszufügung nicht durch denjenigen Mangel verursacht worden sei, der ihn bei der

[276]) Recht 1913, Nr. 500.

[277]) R.G. Warn. 1908, Nr. 310; 1913, Nr. 93.

Prüfung seiner Fähigkeiten zu der Verrichtung als ungeeignet erscheinen lassen musste. Sicher ist freilich, dass sich der Geschäftsherr nicht mit einer guten Eigenschaft seines Angestellten entlasten kann, die mit der fehlerhaften Eigenschaft, die den schädlichen Erfolg herbeigeführt hat, in keinerlei innerem Zusammenhang steht. Z. B. kann der Gastgeber, dessen Dienstmädchen einen Wertbrief eines Gastes zur Post besorgt, bei Verlust des Briefes nicht einwenden, das Mädchen sei eine gute Köchin; fraglich ist aber schon, ob ihm die Entlastung nicht durch den Beweis glückt, das Mädchen sei bei der Besorgung von Einkäufen sehr gewissenhaft, und deshalb habe man ihr die gewissenhafte Besorgung des Briefes auch zumuten können.

Um die Möglichkeit zu unterbinden, dass der Geschäftsherr sich auf Grund ähnlicher differenzierter Beweise entlastet, und dass so der Schadensersatzberechtigte mit leeren Händen ausgeht, mögen die obengenannten Entscheidungen ergangen sein. Sie sind aber zu allgemein gefasst und bestimmen daher, dass auch gehaftet werden solle, wenn eine fehlerhafte Eigenschaft vorhanden war, diese aber zur Hervorbringung des Schadenserfolges garnicht beigetragen hat. Z. B. ein Dienstmädchen war auf ihr Zeugnis hin, sie sei im Haushalte zuverlässig, jedoch etwas klatschsüchtig, engagiert worden. Später lässt sie aus Unvorsichtigkeit die Badewanne überfliessen, der Mieter der unteren Etage verlangt Schadensersatz für die ruinierten Möbel.[278]) Nach obigen Entscheidungen nützt dem Geschäftsherrn der Beweis nichts, sie sei tüchtig im Haushalt, deshalb habe er sie in seine Dienste nehmen dürfen; denn wäre die Anstellung auf Grund der Bemerkung, sie sei klatschsüchtig, unterblieben, so wäre auch das Schadensereignis nicht eingetreten. Dabei ist es nach diesen Entscheidungen nicht nötig, dass die Schadenszufügung gerade durch Klatschsucht verursacht ist. Diese Schlussfolgerung entspricht der reinen Bedingungstheorie, denn die Anstellung auf Grund des Zeugnisses ist eine

[278]) Der Hauseigentümer könnte wegen des beschädigten Fussbodens aus § 278, cj. 548 vorgehen; s. S. 3 der Arbeit.

conditio sine qua non. Aber dieser Auffassung ist nicht beizupflichten, weil eine klatschsüchtige Person nach allgemeiner Erfahrung nicht mit Notwendigkeit die Badewanne überfliessen lassen muss. Denn hier wie in jenem Falle des trunksüchtigen Kutschers hat die Eigenschaft, die den Angestellten als ungeeignet hätte erscheinen lassen müssen, bei der Entstehung des Schadens nicht mitgewirkt und jeder andere zuverlässige Mensch hätte wie geschehen gehandelt; der Kausalzusammenhang zwischen der schuldhaften Auswahl und dem eingetretenen Schaden fehlt. Deshalb ist m. E. in beiden Fällen die Entlastung als geführt zu betrachten, wenn auch gegen die Ansicht des Reichsgerichts.[279])

§ 9.

Das Verhältnis des § 831 zu anderen Vorschriften.

a) § 831 zu § 254.[280])

Der Geschäftsherr kann sich auch dadurch von der Schadensersatzpflicht ganz oder teilweise befreien, dass er dem Geschädigten ein Verschulden seinerseits nachweist.[281]) Ob der Geschädigte auch dafür einzustehen hat, dass eine von ihm zu einer Verrichtung bestellte Person durch Begehung einer unerlaubten Handlung bei der Entstehung oder Mehrung des Schadens mitgewirkt hat, ist eine bestrittene Frage. Das Gesetz sagt nichts darüber, nur § 254 Abs. 2 Schlusssatz bestimmt,

[279]) Im Falle des dem Alkohol ergebenen Kutschers lässt sich die Ansicht des R.G. unter Umständen halten, wenn man den inneren Kausalzusammenhang mit der Begründung als gegeben annimmt, ein solcher Kutscher sei, selbst wenn der Alkoholgenuss nicht zur täglichen Gewohnheit geworden ist, doch nicht so fähig zu raschem Entschluss wie ein anderer, der diesem Genuss vollständig entsagt.

[280]) Zu § 278 s. S. 2, zu § 31, 89 s. S. 24 der Arbeit.

[281]) § 254 B.G.B.; R.G. 71, 217; J.W. 03, Beil. 92, 04, S. 288; J.W. 1914, S. 96, 353.

dass die „Vorschrift des § 278 entsprechende Anwendung findet", verlangt also einen Ausgleich bei kontraktlichen Schadensersatzansprüchen wegen Mitverschulden des Erfüllungsgehilfen. Dass der Schlusssatz des § 254 Abs. 2 nicht nur auf diesen Absatz, sondern auf den ganzen Paragraphen zu beziehen ist, ist allgemein anerkannt.[282]) Demzufolge wäre eine Lücke im Gesetz darin zu sehen, dass nicht auch der Geschäftsherr für eine den Schaden mitverursachende unerlaubte Handlung seines Verrichtungsgehilfen aufzukommen hat, und dass dadurch eine Ungleichheit in der Stellung des Schädigers und des Geschädigten geschaffen wird. Um dies zu umgehen, macht Winter[283]) den Versuch, auch die unerlaubte Handlung im § 278 einzubeziehen, indem er einen Quasikontrakt aus der Sorgfalt, mit der man sich vor Beschädigung des Nächstenguts hüten muss, konstruiert; Kahn[284]) versucht aus dem Worte „entsprechend" herauszuziehen, dass dabei auch die unerlaubte Handlung mit umfasst sein soll. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, so würde er seine Absicht nicht in dem Wörtchen „entsprechend" untergebracht, sondern sie in einem Zusatz derart „die Vorschrift des § 278 und § 831 findet Anwendung" ausgedrückt haben. Das Reichsgericht[285]) verneint auch für den speziellen Fall des § 254, Abs. 2 Schlusssatz die Möglichkeit, den § 278 so weit zu fassen, dass auch ausservertragliche widerrechtliche Handlungen mit einbegriffen werden können, wendet aber, um Schädiger und Geschädigten bezüglich der Haftung

---

[282]) Staudinger § 254, Note 5; Planck, Note 5 zu § 254; Oertmann, Anm. 5a zu § 254 mit Entsch.; Weyl. a. a. O. S. 604; Träger a. a. O. S. 341; Grünebaum, Recht 08, S. 97; Kahn, S. 362 gegen Feder a. a. O. S. 51 und Fischer a. a. O. S. 65.

[283]) Winter: Bl. f. R.A. Bd. 73, S. 352.

[284]) Kahn, Kulpakompensation S. 356.

[285]) R.G. 75, 258, R.G. 77, 211: 79, 312; J.W. 1911, 979; 1912, 138; D.J.Z. 1912, S. 1155. — In J.W. 1913, S. 590 lässt das Reichsgericht auch die Körperschaft für das bei der Entstehung oder Nichtabwendung des Schadens mitwirkende Verschulden ihrer satzungsgemäss berufenen Vertreter aufkommen.

für ihre Hilfspersonen auf vertraglichem wie ausservertraglichem Gebiete gleichzustellen, § 831 analog an, da im § 254 Abs. 2, Satz 2 der allgemeine Rechtsgedanke ausgesprochen sei, dass auch der Geschädigte ein Verschulden seiner Hilfsperson zu vertreten hat.[286]) Auch hier kann sich der Geschädigte dem gegenüber, der sich auf das mitwirkende Verschulden des Angestellten des Geschädigten beruft, mit dem Beweis sorgfältiger Auswahl des Angestellten befreien.

Alle diese Umschweife sind nicht nötig, wenn man sich vergegenwärtigt, dass § 254 eine Kompensation verlangt, wenn auch den Geschädigten eine direkte Mitschuld am schädlichen Erfolg trifft, und in § 831 nur eine Haftung für ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn[287]) hinsichtlich der sorgfältigen Auswahl, das sich in den widerrechtlichen Handlungen seiner Angestellten äussert, ausgesprochen liegt. Dadurch fallen von selbst die Fälle der mitwirkenden ausservertraglichen Gehilfenhandlungen unter § 254.

b) § 831 zu § 701 ff.

Eine verschärfte Haftung trifft den Gastwirt nach § 701 ff. B.G.B. für den Schaden, den der gewerbsmässig zur Beherbergung aufgenommene Fremde durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet für den Fall, dass derselbe durch seine Angestellten verursacht ist, ohne Rücksicht darauf, ob bei deren Auswahl oder Beaufsichtigung den Gastwirt ein Verschulden trifft oder nicht.[288])

[286]) Ebenso Oertmann, § 254, b, γ, Planck, § 254, 5, Ennerrerns § 236, Anm. 11; Grünebaum, Recht 08, S. 98; Staudinger 254, V (im Gegensatz zu § 831, 6d); etwas modifiziert doch im wesentlichen mit R.G. Cosack, § 91, V, 2 b; bedingt auch Weyl, a. a. O., S. 605; anderer Ansicht Endemann § 132, Anm. 25; Fischer a. a. O., S. 66, Heuer im Recht 02, S. 147.

[287]) s. S. 13 der Arbeit.

[288]) Staudinger Anm. III, 7 zu § 701.

c) Verhältnis des § 831 zu verschiedenen Reichsgesetzen.

Das Reichshaftpflichtgesetz[289]) steht wahlweise neben den Bestimmungen des B.G.B.[290]) § 831 bleibt in Geltung, bringt den Geschädigten einerseits den Vorteil einer weitergehenden Haftung[291]), andererseits die Gefahr, dass sich der in Anspruch Genommene entlastet.[292])

Die Eisenbahn haftet für Beschädigung des zur Beförderung übergebenen Gutes,[293]) und für Tötung und Körperverletzung ihrer Passagiere[294]) oder für sonstigen bei der Personenbeförderung entstandenen Schaden[295]) für ihre Leute und andere Hilfspersonen schlechthin,[296]) gleichviel ob sie mit gehöriger Sorgfalt bei deren Auswahl verfahren ist oder nicht. Doch hat die Eisenbahn die Einreden der höheren Gewalt und eigenes Verschulden des Getöteten oder Geschädigten.[297])

Sofern das Postgesetz vom 28. Oktober 1871 nicht besondere Normen aufstellt, finden die Bestimmungen des B.G.B.

---

[289]) Gesetz betr. die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die bei dem Betrieb von Eisenbahnen, Bergwerken usw. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen vom 7. Juni 1871, abgeändert durch Art. 42, E.G. B.G.B.

[290]) S. § 9 des Art. 42 E.G. B.G.B. vgl. R.G. in Recht 08, Nr. 2746, dagegen die vage Entscheidung des O.L.G. Hamburg in Recht 1910, Nr. 1227, vgl. auch R.G. 58, 335; J.W. 1914, 302.

[291]) Z. B. den Anspruch auf Schmerzensgeld, O.L.G. Entscheidung 13, S. 15.

[292]) Was demselben nach Haftpflichtgesetz nicht möglich ist; J.W. 12, 1110; wohl aber eine Berufung auf das Verschulden des Beschädigten; § 1 Haftpfl.G.; J.W. 03, Beil. 92, Gruch. 55, 1095, J.W. 1914, 96.

[293]) s. § 453 H.G.B. und § 53 der Eisenbahnverkehrsordnung vom 23. Dez. 08, vgl. Eger, Komm. z. E.V.O., S. 199 ff. — Die Haftung des gewöhnlichen Frachtführers für seine Leute bestimmt sich nach § 431 H.G.B.

[294]) § 1 Haftpflichtgesetz.

[295]) § 10—29 E.V.O. (Eger E.V.O., S. 28 ff.).

[296]) § 458 H.G.B.; §5, §78, 1, E.V.O. vgl. Eger E.V.O., S. 16 ff., 414 ff. u. Rundnagel, Haftg. d. Eisenbahn, S. 18 ff.

[297]) S. § 1 Haftpflges. vgl. auch § 84—87 E.V.O. Eger, E.V.O., S. 457 ff. und Eger, Handbuch S. 471 u. 784 ff.

Anwendung, daher haftet der Postfiskus ohne weiteres[298]), wenn der mit Einziehung des Wechselns beauftragte Beamte denselben unterschlägt, er kann sich exkulpieren, wenn der Lenker eines Postautos jemanden überfährt.[299])

Der Reeder eines Seeschiffes und Eigentümer eines Flussschiffes haftet nach § 485, 735 H.G.B. bezw. § 3 ff. Binnenschifffahrtsgesetz ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden für den Schaden, den eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten in Ausführung der Dienstverrichtungen schuldhaft zugefügt, jedoch unter Beschränkung auf Schiff und Fracht.

Das Verhältnis des § 831 zu dem Automobilhaftpflichtgesetz[300]) ist der Art, dass der nach dem Spezial-Gesetz zu leistende Schadensersatz das Minimum darstellt, was dem Geschädigten zu leisten ist.[301]) In weiterem Umfange[302]) haftet nach § 831 der Fahrzeughalter, wenn eigenes Verschulden oder Verschulden seiner Leute vorliegt.[303])

Die Unanwendbarkeit des § 831 auf das durch die Sonderbestimmungen geordnete Gebiet des Patent-, Gebrauchsmuster- und Warenzeichenrechts schliesst das Reichsgericht[304]) aus der Vorschrift[305]), dass nur die wissentlich oder grobfahrlässige Verletzung zum Schadensersatz berechtigt; mit Recht spricht

[298]) D.J.Z. 03, S. 131.

[299]) J.W. 1913, S. 203, vgl. J.W. 1910, 287.

[300]) Gesetz betr. den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909, s. bes. §§ 7 und 8 d. Ges.

[301]) Ueber mitwirkendes Verschulden des Verletzten s. J.W. 1914, S. 98.

[302]) nämlich auf Ersatz der Nachteile die dem Verletzten für den Erwerb und das Fortkommen aus dem Unfall entspringen, Rentenanspruch dessen, dem der Verletzte oder Getötete unterhaltspflichtig war (§ 845 B.G.B.), Ersatz des Schadens der nicht Vermögensschaden ist. (§ 847 B.G.B.); mittelbar Geschädigte können Ersatzansprüche nur aus § 831, nicht aus dem Automobilgesetz herleiten. J.W. 1914, S. 45.

[303]) Vgl. M. Isaac, Komm. zum Automobilgesetz, Anm. 1—4 zu § 16.

[304]) R.G. 70/76.

[305]) Vgl. § 9 des Gesetzes v. 1. Juni 91 betr. den Schutz von Gebrauchsmustern.

Enneccerus[306]) gegen die Ansicht des Reichsgerichts dem Geschädigten die Möglichkeit zu, sich bezüglich seiner Angestellten durch den Nachweis zu entlasten, er sei nicht grobfahrlässig bei deren Anstellung und Beaufsichtigung verfahren.

Für das Gebiet des unlauteren Wettbewerbs regelt sich die Haftung des Prinzipals für seine Angestellten nach § 4 Abs. 2, § 13 Abs. 3, § 14 Abs. 3, § 15 Abs. 2, § 16 Abs. 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909.[307]) Danach hat der Geschädigte einen Unterlassungsanspruch gegen den Prinzipal, für die Frage der Schadensersatzpflicht des Geschäftsherrn bleiben die allgemeinen Grundsätze des § 831 in Kraft;[308]) ob § 831 auch auf Unterlassungsansprüche Anwendung finden kann, ist eine Streitfrage,[309]) die aber zu bejahen sein dürfte.

[306]) § 459, Anm. 2.

[307]) s. S. 134 ff. 200, 205, 237, 244, 275, des Komm. z. Unlauteren Wettbewerbsgesetz v. J. Kahn und Chr. Weiss.

[308]) s. S. 12 des Berichts der 35. Komm. zur Vorbereitung des Entwurfs eines Gesetzes gegen den Unlauteren Wettbewerb (Nr. 1109 der Drucksachen).

[309]) s. S. 202 Nr. 2 des zit Komm. und verneinende Ansicht des R.G. in J.W. 1903, S. 128, vgl. auch O.L.G. 26, 71.

Anhang:

Gesetzestexte zu S. 8 ff. der Arbeit.

A.L.R. I, 6 § 50.

„Wer einem anderen einen in den Gesetzen nicht gemissbilligten Auftrag macht, haftet nicht für den von selbigem bei Ausrichtung dieses Auftrages verursachten Schaden."

A.L.R. I, 6 § 53.

„Hat der Machtgeber bei der Auswahl eines untüchtigen Bevollmächtigten sich ein grobes oder mässiges Versehen zu Schulden kommen lassen, so haftet er für den von selbigem auch bei Ausrichtung eines erlaubten Auftrages durch seine Untüchtigkeit verursachten Schaden so weit, als der Beschädiger selbst zum Ersatz unvermögend ist."

A.L.R. I, 6 § 62.

„Wer Gesinde, das durch einen überwiegenden Hang zu groben Lastern durch einen hohen Grad von Blödsinn oder Schwermut, oder durch ansteckende Krankheiten, anderen gefährlich werden kann, wissentlich in seine Dienste nimmt, oder darin behält, der haftet für alle Gefahr."[1])

A.L.R. I, 6 § 65.

„In Ansehung der Handwerksgesellen und Lehrjungen haben die Meister die den Dienstherrschaften aufgelegten Pflichten."

A.L.R. I, 6 § 59.

„Wer wissentlich etwas geschehen lässt, was er zu verhindern schuldig und vermögend gewesen, hat eben die Verantwortung, als ob er solches befohlen hätte."

Sächs. Gesetzbuch § 779.

„Derjenige, welcher die verletzende Handlung eines anderen hindern konnte und dies ungeachtet einer besonderen Verpflichtung hierzu versäumte, haftet für die Folgen der Handlung, kann jedoch, wenn der Urheber handlungsfähig ist, von diesem Ersatz fordern."

§ 711 des I. Entwurfs zu einem B.G.B.

„Wer einem anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist denselben zu beaufsichtigen verpflichtet, wenn und soweit es die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erfordert.

---

[1]) Doch subsidiär „nur insoweit, als der Schadensersatz nicht aus dem Vermögen des Beschädigers erfolgen kann." (§ 67.)

Wird diese Pflicht verletzt, so haftet der Aufsichtspflichtige nach Massgabe des § 710 Abs. 1 [2]) für den Ersatz des Schadens, welchen die bestellte Person durch eine in Ausführung ihrer Verrichtungen begangene unerlaubte Handlung einen Dritten zugefügt hat.

§ 712 des I. Entwurfs zu einem B.G.B.

„Wer einem anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist eine hierzu geeignete Person auszuwählen verpflichtet. Wird diese Pflicht verletzt, so findet die Vorschrift des § 711, Abs. 2 entsprechende Anwendung."

§ 831 B.G.B.

„Wer einem anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt."

---

[2]) „Derjenige, welcher kraft des Gesetzes über einen anderen die Aufsicht zu führen verpflichtet ist, haftet für den Ersatz des von dem anderen einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schaden, wenn er seine Aufsichtspflicht verletzt hat und bei Erfüllung derselben der Schaden nicht entstanden sein würde." (§ 710 Abs. 1.)